Nuova Collezione di Opere Giuridiche - N. 85.

QUESTIONI
DI
DIRITTO CIVILE

SVOLTE DA
C. F. GABBA

VOL. II.

Diritto ereditario e Diritto delle obbligazioni

2ª Edizione

MILANO TORINO ROMA
FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO
Deposito per Napoli e Provincia: SOCIETÀ COMMERCIALE LIBRARIA - NAPOLI

1911

Nuova Collezione di Opere Giuridiche

Volumi pubblicati:

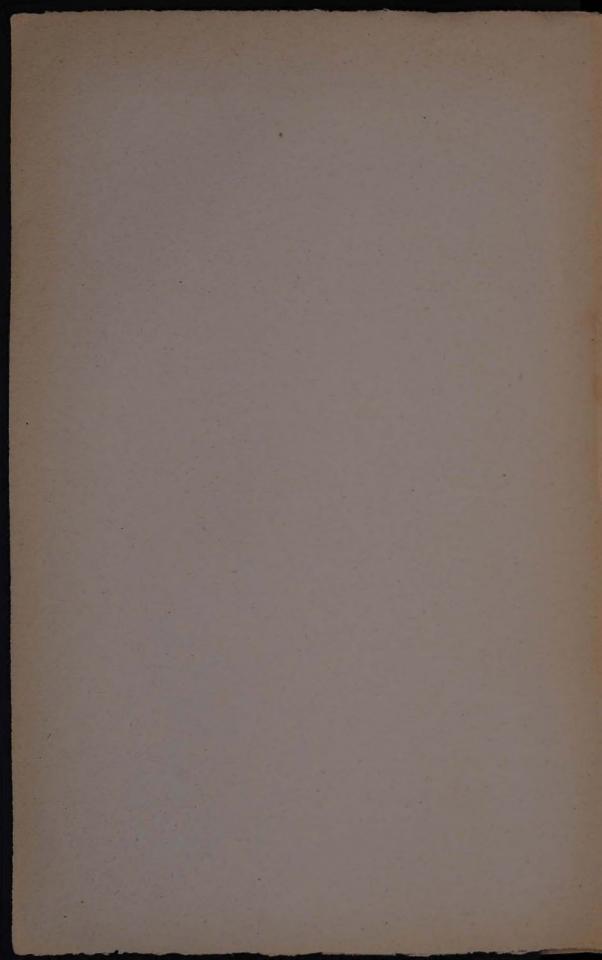
Carle J., De exceptionibus in Jure Romano. 1 vol. in-8° . . L. 3. —
Carrara F., Lineamenti di pratica legislativa penale. 2ª ediz. „ 8. —
Carle G., La vita del Diritto. 2ª ediz. 1890. . . . . „ 12. —
Codice Penale dello Impero Germanico, trad. da Gualtierotti-Morelli e D. Feroci, con note dei Proff. P. Ellero e F. Carrara „ 3. 50
. Galluppi E., Istituz. di dir. commerciale. 2 vol. (esaurito).
„ -28. Pescatore M.. Filosofia e Dottrine Giuridiche. 2 vol. . . „ 18. —
„ 7. Del Vecchio A., La Legislazione di Federico II Imperatore, ill. „ 5. —
„ 8. Amar M., Dei Diritti degli autori di opere dell'ingegno . . „ 11. —
„ 10. Mattirolo L., Trattato di diritto giudiziario civile italiano. Vol. 1°, 5ª edizione . . . . „ 18. —
„ 13. Detto Vol. 2°. 1 vol. in-8°. 5ª edizione . . . . „ 18. —
„ 17. Detto Vol. 3°. 1 vol. in-8° Id. . . . . „ 20. —
„ 22. Detto Vol. 4°. 1 vol. in-8° Id. . . . . . „ 22. —
„ 29. Detto Vol. 5°. 1 vol. in-8° Id. . . . . „ 20. —
„ 30. Detto Vol. 6°. 1 vol. in-8° Id. . . . . „ 22. —
„ 46. Indice esegetico dei sei volumi . . . . „ 5. —
„ 11. Supino D., Le operazioni di Borsa (esaurito).
„ 12. Galluppi E., Dei titoli al Portatore (esaurito).
„ 14. Galluppi E., La Dote, secondo il diritto civile Italiano (esaurito).
„ 15-16-18-19-20-23-26 e 27. Saluto F., Commenti al Codice di Procedura Penale. 8 vol. in-8°, 3ª edizione 1884 . . . . „ 80. —
„ 21. Brandileone F., Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve „ 4. —
„ 24-25. Tartufari A., Trattato del Possesso come titolo di diritti (esaurito).
„ 31. Cocito F., La parte civile in materia penale (esaurito).
„ 32. Fazio G., Trattato sulla Perenzione . . . . „ 4. —
„ 33. Cogliolo P., Trattato dell'eccezione di cosa giudicata. Vol. 1° „ 10. —
„ 34. Losana, Delle successioni testamentarie secondo il Cod. Civ. It. „ 10. —
„ 35. La Mantia, Storia della Legislazione in Italia. Vol. I . . . . „ 14. —
„ 36. Quartarone, Il diritto agli alimenti e le azioni alimentarie. 2ª ed. „ 4. —
„ 37. Chironi, La Colpa nel dir. civ. odierno. Colpa contrattuale. 2ª ed. „ 15. —
„ 38. Detto id. id. Colpa extra contrattuale. Vol. 1°, 2ª ed. „ 12. —
„ 39. Detto id. id. id. id. id. Vol. 2°, „ „ 15. —
„ 40. Lessona S., Elementi di diritto penale positivo . . . . . . „ 4. —
„ 41. Hölder, Istituzioni di Diritto Romano . . . . „ 7. —
„ 42. Paoli B., Del matrimonio rispetto ai beni . . . . „ 5. —
„ 43. Manara, Gli atti di commercio . . . . „ 10. —
„ 44. Alimena, La premeditazione (2ª edizione in preparazione).
„ 45. Mattirolo, Istituz. di diritto giudiziario civile italiano. 2ª ediz. „ 12. —
„ 47. Carle, Le origini del Diritto romano (esaurito).
„ 48-49. Chironi, Istituzioni di Diritto civile italiano (esaurito).
„ 50. Armissoglio, Gli impianti elettrici. . . . . „ 4. —
„ 51. Pincherli E., Il Codice penale italiano annotato . . . . . . „ 10. —
„ 52. Ramponi L., La teoria generale delle presunzioni nel dir. civile „ 7. —
„ 53. Frola P. E., Delle ingiurie e diffamazioni (esaurito).
„ 54. Chironi, Questioni di diritto. 1 vol. in-8° . . . . „ 12. —
„ 55. Schanzer C., Il diritto di guerra e dei trattati . . . . . . „ 5. —
„ 56-57. Esperson, Condizione giuridica dello straniero. 2 vol. . „ 18. —
„ 58. Brezzo, La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori (esaurito).
„ 59. Meucci, Instituzioni di diritto amministrativo. 6ª ediz. . . . „ 14. —

QUESTIONI

DI

DIRITTO CIVILE

Vol. II.

DIRITTO EREDITARIO E DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

QUESTIONI

DI

DIRITTO CIVILE

SVOLTE DA

C. F. GABBA

VOL. II.

Diritto ereditario e Diritto delle obbligazioni

2ª Edizione

MILANO TORINO ROMA
FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.
Deposito per Napoli e Provincia: SOCIETÀ COMMERCIALE LIBRARIA - NAPOLI

1911

INDICE

PARTE PRIMA

Questioni di diritto ereditario.

Intorno alla validità della istituzione in erede testamentario di un ente morale da fondarsi . . . . *Pag.* 3

La successione ereditaria del figlio adulterino o incestuoso ai genitori nel giure transitorio . . . . „ 7

Se i discendenti di figlio unico premorto succedano per diritto proprio o per rappresentazione . . . . „ 14

L'ipoteca testamentaria nel diritto civile italiano . . . . „ 28

Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare . . . . „ 35

Purificazione delle condizioni apposte alla vocazione fedecommissaria nei fedecommessi aboliti . . . . „ 53

Della prelazione dei creditori dell'eredità in sèguito alla separazione dei patrimoni . . . . „ 62

La clausola finale dell'art. 8 del Titolo Preliminare del Codice civile italiano . . . . „ 74

Intorno alla prescrizione del diritto di accettare la eredità . . . . „ 80

La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie . . „ 92

Efficacia della data posta al principio delle disposizioni testamentarie „ 105

Verità della data di un testamento olografo confrontato con un codicillo . . . . „ 113

La “ Fiducia „ nel diritto civile italiano . . . . „ 119

Della legge da applicare in materia di collazione, nel caso di differenza tra quella sotto il cui impero fu fatta la donazione e quella sotto il cui impero fu accertata l'eredità . . . . „ 129

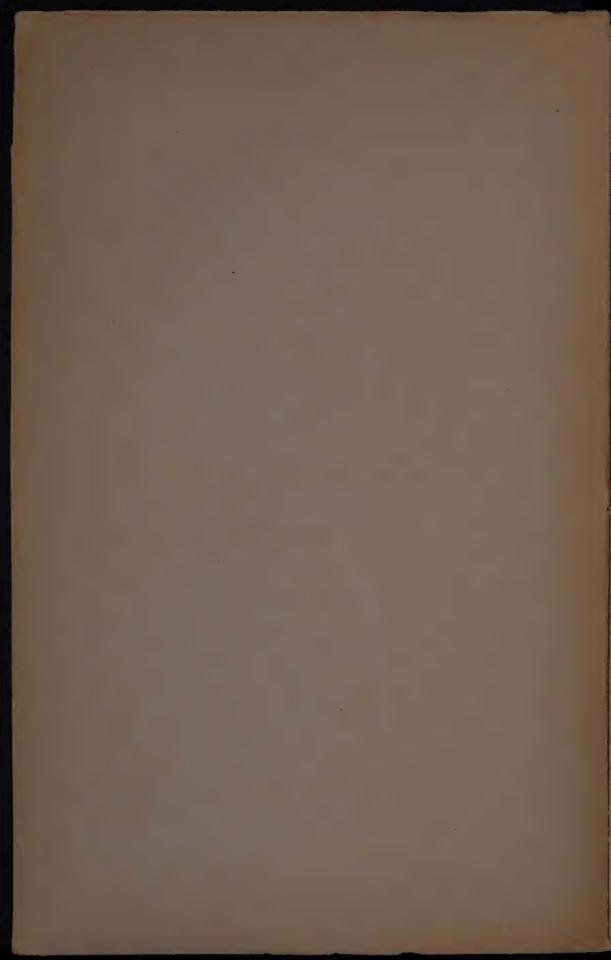
Conflitto di leggi in materia successoria e particolarmente con riguardo agli effetti dell'accettazione dell'eredità . . . . „ 137

PARTE SECONDA

Questioni di diritto delle obbligazioni.

Obbligazioni civili al portatore . . . . Pag. 147
Momento perfezionativo del contratto fra assenti . . . . „ 166
Unilateralità del mutuo ad interesse . . . . „ 200
Risarcibilità dei danni morali . . . . „ 210
Responsabilità dei pubblici ospedali e istituti congeneri . . . . . . „ 247
Conseguenze civili della seduzione di donna con promessa di matrimonio . . . . „ 266
Del risarcimento del conduttore nella espropriazione per causa di pubblica utilità . . . . „ 283
Della espropriazione forzata di beni dello Stato, delle Provincie e dei Comuni . . . . „ 297
Della universalità del giudizio di fallimento . . . . „ 324

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO EREDITARIO

Intorno alla validità della istituzione in erede testamentario di un ente morale da fondarsi.

La grave e vecchia quistione della validità dell'istituzione in erede d'un ente morale da fondarsi, ha dato occasione ad una copiosa letteratura, nota a tutti i giuristi italiani. È inutile che io qui la richiami; siccome però io sono fra coloro che più hanno scritto in proposito, tenendo conto di tutti gli scritti altrui, così credo che a chi voglia orientarsi completamente in quella letteratura, basti consultare le mie *Quistioni di diritto civile* (Torino, Mascarelli, 1882, vol. unico, p. 298 e seg.), il mio scritto nella *Giurispr. it.*, 1874, IV, pag. 82, e i miei *Appunti riassuntivi* ecc. (*Mon. dei Trib.*, 1879, n. 21).

Combattuta da molti la tesi della validità delle dette istituzioni, invocando gli articoli 724, 764, capov. primo, 890 Cod. civ., essa ha trionfato la prima volta colla celebre sentenza 31 luglio 1879 della Cassazione di Torino, e, dopo di questa, molti altri giudicati nello stesso senso vennero pronunziati da Corti di cassazione e da Corti d'appello, fra i quali ricordo: Cass. Torino, 14 novembre 1872 (*Giurispr. ital.*, 1883, I, 1, 52); Corte d'appello di Torino, 23 luglio 1888 (*ivi*, 1888, II, 604); Corte d'appello di Milano, 5 marzo 1889 (*ivi*, 1889, II, 305); Cass. Torino, 7 febbraio 1890 (*ivi*, 1890, I, 1, 322); Cass. Firenze, 19 maggio 1890 (*ivi*, 1890, I, 1, 646); Cass. Roma, 9 gennaio 1891 (*Foro it.*, 1891, I, 522); Corte d'appello di Venezia, 2 luglio 1894 (*Giur. it.*, 1895, I, 2, 135); Corte d'app. di Catania, 18 marzo 1895 (*Circ. giur.*, 1895, 231); Cass. di Roma, 1° dicembre 1900 (*Giur. it.*, 1901, I, 1, 171).

La questione ha del resto perduto una parte del suo pratico terreno, non può cioè più essere sollevata rispetto alle fondazioni testamentarie dirette, aventi carattere di Opere pie. E ciò in virtù della vigente legge 17 luglio 1890 sulle Opere pie, il cui art. 84 statuisce che la Congregazione di Carità, non appena abbia ricevuto la denuncia delle donazioni o dei lasciti aventi per scopo la pubblica beneficenza, deve fare gli atti conservatorii occorrenti, e promuovere, ove ne sia il caso, il riconoscimento legale dell'ente. Il che implica validità ed efficacia di tutti e quanti i lasciti, non che delle donazioni a favore di Opere pie erigende, siano essi legati o siano istituzioni di erede. Soltanto le fondazioni testamentarie dirette di enti morali, che non siano Opere pie, non sono contemplate dalla detta legge, ma egli è chiaro, come bene osserva la Cassazione di Roma, nelle sentenze succitate, che l'analogia degli enti, e l'identità delle ragioni colle quali si può tentare di oppugnare le istituzioni in erede di enti morali erigendi, non di Opere pie, con quelle adoperate contro le fondazioni testamentarie dirette d'Opere pie, fanno sì che la negazione della prima tesi trovi un invincibile argomento d'analogia, in ciò che oramai la legge espressamente dispone rispetto alle fondazioni testamentarie dirette di Opere pie. Del resto, osserva pure sapientemente la surriferita decisione della Cassazione romana, che la legge 17 luglio 1890 non ha per nulla introdotto un diritto singolare a favore delle Opere pie, che il riconoscere la validità delle istituzioni dirette in eredi di enti morali da fondarsi, non è per nulla ripugnante ai canoni fondamentali del nostro diritto successorio. E con pochi tratti la Cassazione conferma la sua tesi, e corregge l'erronea interpretazione data dagli avversari agli articoli 724, 764, 890 Cod. civ. Oltre agli opportuni richiami all'ancora vigente legge 5 giugno 1850 al R. d. 26 giugno 1864 e al regol. 27 novembre 1862, la Cassazione si richiama al capov. 2° dell'art. 764 e all'art. 833 del Cod. civ., il primo dei quali contiene un esempio di possibile erede non esistente, neppure in germe, alla morte del testatore, e il secondo ammette implicitamente la validità di istituzioni testamentarie di nuovi enti che non siano quelli in esso articolo contemplati. E sono questi in realtà i principali argomenti che furono sempre addotti dai giuristi a favore delle istituzioni testamentarie in discorso. Di fronte ad essi il canone generale consegnato negli art. 724, 763, 890 apparisce

manifestamente tale, che alle sole persone fisiche si riferisce, salva la eccezione fattavi, rispetto a queste stesse, dal capov. 2º dell'art. 764.

Mentre in Italia può dirsi ormai pacifica la tesi della validità di istituzioni testamentarie dirette a favore di enti morali erigendi, nella giurisprudenza francese, invece, essa è negata, e fra i giuristi francesi ha ancora pochi fautori (v. ESMEIN, *Revue trimestr. de dr. civ.*, 1904, pag. 253, seg.). Fu più volte ammesso in Francia che valga un lascito a favore d'un ente morale non ancora riconosciuto, quando il testatore abbia nominato un *légataire universel*, coll'obbligo di far erigere quell'ente, e poi di passargli i beni ereditati, abbia cioè fatto una istituzione modale. E se ne ebbe un esempio recente nell'efficacia data al testamento di Edmond de Goncourt a favore di una erigenda società letteraria perpetua; il Goncourt aveva nominato legatario universale Alfonso Daudet. La stessa dottrina fu anche propugnata in Italia, ma è manifestamente infondata, perchè l'erede che deve, per volontà del testatore, spogliarsi dell'eredità per passarla ad altri, non merita quel nome. Anche fu ammessa la validità di istituzioni d'erede a favore di enti morali non ancora riconosciuti, ma esistenti di fatto; dottrina erronea, attesochè l'esistenza di mero fatto non è esistenza giuridica. Ed anche talvolta si volle dare effetto alle istituzioni in discorso, interpretandole arbitrariamente siccome fatte ad un altro ente morale già esistente, per es. ad un Comune. Tutte queste soluzioni hanno manifestamente natura di espedienti, onde, per così dire, girare le difficoltà. Questa infatti non in altro risiede che nel non avere esistenza il vero e proprio onorato nel testamento alla morte del testatore. Se non si ardisce affrontare apertamente questa difficoltà, se non si trova mezzo di validamente sostenere o che l'ente morale erigendo non è contemplato dal canone giuridico, che deve esistere l'onorato alla morte del *de cuius*, e limitarsi quindi questo canone alle persone fisiche, o che quell'ente morale ha già un principio di esistenza nel fatto stesso del testamento a suo favore, vano riesce ogni tentativo di tener ferme le disposizioni testamentarie in discorso. Che l'esempio dato dalla giurisprudenza italiana venga imitato in Francia, consigliano e fanno voti i giuristi francesi ULLMANN e GÜNKANN (*ivi*).

Ciò che in Italia ha oramai ammesso la giurisprudenza, è legge in Germania. Il § 83 del nuovo Cod. civ. germanico suona: " se

una fondazione è contenuta in una disposizione di ultima volontà, il Tribunale della successione deve richiedere l'autorizzazione sovrana, ove non la richiedano gli eredi o l'esecutore testamentario „. E prima di questo il paragrafo 2074 del Cod. civ. sassone suonava: " persone giuridiche sono capaci di acquistare per atto di ultima volontà, quand'anche al tempo del testamento non esistessero, ove ottengano riconoscimento dallo Stato prima o dopo la morte del testatore „.

La successione ereditaria del figlio adulterino o incestuoso ai genitori suoi nel giure transitorio.

Si domanda se la prole illegittima di cui il Codice civ. italiano non ammette lo spontaneo riconoscimento (art. 180), e la quale, nata e concepita vigendo quel Codice, sarebbe indubbiamente esclusa dalla successione dei genitori (art. 752), debba patire tale esclusione, anche se nata e concepita vigendo un'anteriore legislazione, come per es. l'austriaca, la quale ne ammetteva tanto il riconoscimento coattivo, quanto lo spontaneo, e la dichiarazione della filiazione sia stata fatta in virtù della legge transitoria italiana, che ai figli naturali, in generale, non vuole applicati gli art. 189, 190, e la prima parte dell'art. 193 del Cod. civ. (§ 6, decreto 25 giugno 1871: art. 7, decreto 30 novembre 1865).

Per rispondere a questa domanda è necessario rispondere ad un'altra, alla quistione cioè se i diritti successori della prole semplicemente naturale, dichiarata tale in virtù della legge civile transitoria italiana, debbano essere regolati secondo la legge vigente allorquando essa prole nacque o fu concepita, oppure secondo la legge italiana.

Vi ha chi pensa doversi i diritti di tale prole regolare secondo la prima di dette leggi. Tale fu l'avviso della Cassazione di Firenze in una sentenza 17 maggio 1875 (*Ann. d. G. it.*, IX, I, I, 297). Tenne l'avviso contrario la Cassazione di Roma, 5 gennaio 1878 (*Ib.*, XII, I, I, 122).

Di questo secondo avviso sono anch'io.

Con quali ragioni, infatti, vien propugnata la dottrina dell'esclusivo impero della legge anteriore alle successioni legittime apertasi sotto l'impero della legge nuova, a vantaggio di prole illegittima nata o concepita sotto l'impero d'una legge anteriore, e tale dichiarata vigendo la legge italiana?

Si dice che la legge transitoria italiana, esimendo la prole illegittima, nata o concepita vigendo una legge abolita, dall'applicazione degli art. 189, 190, 193 al 1° del Cod. civ. soggiunge: doversi applicare a quella prole *le disposizioni delle leggi anteriori*. E quest'ultima espressione viene estesa ad ogni specie di leggi, in particolare anche a quelle concernenti le successioni *ab intestato* della prole illegittima. Ma questa interpretazione a me pare infondata ed erronea. Come mai *le disposizioni delle leggi anteriori*, la cui applicazione è surrogata a quella degli art. 189, 190, 193 al 1°, dovranno intendersi altrimenti che leggi concernenti gli stessi e consimili argomenti di quelli contemplati in quegli articoli? Ora gli art. 189, 190, 193 al 1° del Cod. civ. ital. non trattano al certo di diritti patrimoniali di nessuna specie della prole illegittima, ad eccezione soltanto del diritto all'alimento attribuito dall'art. 193 capov. agli incestuosi e agli adulterini. Si vuole di più? L'art. 3 della patente 6 dicembre 1837 per l'attuazione del Cod. civ. albertino, da cui fu tolta letteralmente la disposizione in discorso della legge transitoria civile italiana, alle parole *disposizioni delle leggi anteriori* soggiungeva: *a tal riguardo*. Quest'ultima clausola toglieva ogni appiglio all'interpretazione che io vado combattendo. Se la clausola medesima non trovasi ripetuta nella legge transitoria italiana, gli è unicamente perchè il legislatore nostro la credette superflua a far comprendere cosa di per sè chiara.

Si dice altresì che la successione legittima è strettamente collegata collo stato personale, che il sistema della prima forma col sistema del secondo un solo e medesimo tutto inscindibile, che per conseguenza l'applicare allo stato d'una persona una legge, ed ai suoi diritti successorii un'altra, è un procedere irrazionale, è un correre rischio di falsare lo spirito d'entrambe le leggi.

La premessa è giusta, la conseguenza parmi sbagliata. Imperocchè, dato pure in astratto che le leggi di stato personale e le leggi successorie abbiano una stretta colleganza nel pensiero del legislatore, non si può tuttavia disconoscere il diritto che questi ha di applicare un nuovo sistema successorio a individui, le cui

relazioni personali siano state regolate da una legge anteriore. Or bene, tutte le volte che viene emanata una nuova legge in materia di successione ereditaria, egli è giuocoforza ritenere che essa debba applicarsi a tutte quante le successioni aperte sotto il suo impero, se pure non si vuole disconoscere un principio noto e incontrastato e veramente fondamentale di tutto il diritto transitorio ereditario. Se fosse giusta la conseguenza suaccennata, ne verrebbe non solo che la successione legittima della prole naturale, ma anche quella della prole legittima dovesse venir regolata secondo la legge sotto il cui impero la successione fu aperta. Nessuno al certo ha mai pensato nè può pensare in tal guisa rispetto alla successione della prole legittima; or come mai sarà lecito aver opinione siffatta rispetto alla successione della prole naturale?

V'ha di più. Se l'anzidetta conseguenza discendesse rigorosamente dalla premessa, dovrebbesi ritenere che, se per avventura la legge sotto il cui impero la prole naturale nacque o venne concepita, accordasse a questa maggiori diritti successorii di quelli sotto il cui impero la successione si è aperta, quei maggiori diritti potessero venire fatti valere anche sotto l'impero della seconda legge. Di guisa che sotto l'egida d'una sola e medesima legislazione due specie di successioni legittime di figli naturali vi potrebbero essere, secondo la diversa epoca della nascita o del concepimento di quella. Siffatta eventualità è certamente impossibile oggi in Italia, visto che tutte quante le legislazioni abrogate dal Cod. civ. italiano accordavano alla prole illegittima minori diritti successorii di quelli statuiti da quel Codice. Ma egli è certo del pari che siffatta duplicità di successioni legittime sarebbe altrettanto ripugnante allo spirito, e infondata nella lettera di quel Codice, come di qualunque altra legislazione di popolo civile, quanto essa è logicamente collegata colla dottrina che io vado combattendo.

Vano è poi lo asserire, a sostegno dell'opinione che ora io combatto, che l'applicazione della nuova legge successoria ai figli naturali dichiarati prima o dopo l'abolizione della ricerca della paternità, sia di sua natura un aumento dei loro diritti. Potrebbe infatti darsi benissimo che la nuova legge successoria accordasse a quei figli molto meno di quello che loro assegnava la legge anteriore sull'eredità del padre naturale, e in tal caso l'applicazione della legge nuova non potrebbe certamente venire scartata adducendo l'anzidetta ragione. Si vorrà forse dire che la legge nuova

successoria debba essere o non essere applicata in particolare alla prole illegittima dichiarata in virtù della legge transitoria, secondochè essa conceda minori o maggiori diritti della legge antica? A niuno può venire in mente codesto. Egli è dunque evidente che siffatta applicazione deve essere ammessa o negata con tutt'altro criterio che quello dell'effetto più o meno utile della medesima alla persona cui esso concerne, e avendo piuttosto riguardo alla natura stessa della legge successoria, in sè e per sè considerata, e all'efficacia conferitale appunto dall'intrinseca sua natura. Or bene da questo secondo punto di vista altro non si può dire se non che la successione ereditaria, sia di parenti legittimi, sia d'illegittimi, vuol essere per natura sua sempre ed unicamente decisa secondo la legge vigente nel giorno della morte del *de cujus.* E tale principio non può non venire in particolare applicato del pari alla prole naturale dichiarata prima, e a quella dichiarata dopo l'abolizione della ricerca della paternità.

Su quest'ultima mia proposizione io debbo un momento soffermarmi onde attingere un altro argomento a sostegno dell'opinione che sono venuto fin qui propugnando.

Che la prole semplicemente naturale, dichiarata giudizialmente tale in confronto dei genitori suoi, e specialmente del padre suo, vigendo una legge anteriore, abbia lo stesso diritto di succedere che la legge italiana attribuisce alla prole riconosciuta, ove la successione dei genitori, del padre in ispecie, si apra vigendo questa legge, egli è, fuor di dubbio, in virtù del suaccennato canone fondamentale di *gius transitorio* successionale. Lo negò bensì la Cassazione di Torino in una sentenza 10 luglio 1864 (*Ann. di Giur. it.,* VIII, I, 1, 431), ma nessun altro giudicato italiano vi ha, ch'io sappia, simile a questo. Or se quella tesi si ammette rispetto alla prole naturale, dichiarata tale vigendo una legge anteriore, come non la si deve ammettere anche rispetto alla prole naturale dichiarata tale in virtù della legge transitoria? Imperocchè quest'ultima dichiarazione è destinata a tener luogo della prima mancata, e non può quindi avere, sotto l'impero del diritto italiano, effetti differenti da essa, successorii in particolare.

Vengo ora alla questione da cui si intitola il presente capitolo.

E anzitutto comincio dal dissipare il dubbio che taluno ha sollevato circa il potersi, in virtù della legge transitoria italiana, dichiarare giudizialmente la filiazione adulterina o incestuosa di

prole nata o concepita vigendo una legge anteriore, l'austriaca p. es., che tale dichiarazione ammetteva.

Codesto dubbio sembrami del tutto infondato.

E invero non dice l'art. 47 della legge transitoria civile italiana: non applicarsi la prima parte dell'art. 193 del Cod. civ. ai figli nati o concepiti prima dell'attuazione di questo Codice? E quell'art. 193 nella prima sua parte non dice: " non essere mai il figlio ammesso a fare indagini nè sulla paternità nè sulla maternità nei casi in cui il riconoscimento è vietato „, che sono i casi di nascita adulterina o incestuosa? Dunque la legge civile transitoria col negare efficacia retroattiva a siffatto divieto viene a dire chiaramente che la prole adulterina o incestuosa, nata o concepita prima dell'attuazione del Cod. civ. italiano, potrà, anche vigendo questo, ricercare giudizialmente il proprio padre e la propria madre, non meno il padre che la madre. Vero è che nell'art. 193 del Cod. civ. la menzione della ricerca della paternità, in particolare, adulterina e incestuosa o può parere superflua di fronte al generale divieto d'ogni ricerca di paternità illegittima, fuori dei casi di ratto o di stupro violento (art. 189), oppure può parere limitata a questi due soli casi; la quale ultima interpretazione è fuori di dubbio la vera. Ma che perciò? Che cosa ne conseguita rispetto all'interpretazione del disposto della legge transitoria? Codesto soltanto, che questa legge permette *espressamente* ai nati o concepiti vigendo una legislazione anteriore, di ricercare giudizialmente la paternità adulterina o incestuosa nei casi di ratto o di stupro violento, nei quali pure la ricerca di siffatta paternità è *espressamente* proibita dal Cod. civile. Rispetto a tutti gli altri casi, siccome per essi la ricerca della paternità adulterina è proibita *implicitamente* in virtù del generale divieto d'ogni ricerca di paternità illegittima, così la revoca di questo generale divieto, contenuta nella legge transitoria, viene ad essere del pari un'*implicita* permissione di promuovere quella ricerca anche in quei casi. Come gli art. 189 e 193 sono inseparabili nel Cod. civ., così lo devono essere nella legge transitoria, e come nel Cod. civ. questi articoli statuiscono il *generale divieto* della ricerca della paternità, sia semplicemente naturale, sia adulterina o incestuosa, *tranne* i casi di ratto o di stupro violento, purchè in questi casi la paternità non sia adulterina o incestuosa, così l'abolizione di tutte queste disposizioni per opera della

legge transitoria, non può significare altro se non il generale permesso della ricerca della paternità, sia naturale semplicemente, sia adulterina o incestuosa, compresi i casi di ratto o di stupro violento, e tanto se in questi casi la paternità sia semplicemente naturale, quanto se adulterina o incestuosa. Sarebbe strano davvero che la legge transitoria avesse conceduto ai nati o concepiti vigendo una legge anteriore la ricerca della maternità adulterina o incestuosa in tutti i casi, e quella della paternità adulterina o incestuosa soltanto in alcuni, e per l'appunto nei soli casi di ratto o di stupro violento, non anche in quelli in cui uno di questi gravissimi reati non concorresse coll'adulterio o coll'incesto.

Poste quest' ultima e tutte le anteriori premesse, rispondere alla questione posta al principio di questo capitolo è facile e breve cosa.

Se al pari di tutti gli altri diritti patrimoniali e personali, anche il diritto di succedere della prole semplicemente naturale, dichiarata giudizialmente tale in virtù della legge civile transitoria, ai genitori suoi deve essere regolato dalla legge italiana, ove la successione si apra sotto l'impero di questa, non vi ha ragione alcuna perchè lo stesso non debba dirsi rispetto alla prole adulterina o incestuosa dichiarata tale in virtù di quella medesima legge. Imperocchè la legge transitoria ha dovuto manifestamente conservare a quella prole la stessa condizione giuridica attribuitale dalla legge, vigendo la quale nacque o fu concepita. E qual era questa condizione? Di prole illegittima, cioè semplicemente naturale.

Il Codice austriaco, e qualunque altro che permette il riconoscimento o la dichiarazione di paternità della prole adulterina, appunto perchè non fa distinzione fra questa prole e la prole semplicemente naturale, può dirsi ignorare affatto lo stesso concetto di adulterinità, almeno agli effetti civili. Tanto pel Codice austriaco, quanto per ogni altra consimile legislazione, non esiste prole adulterina, e infatti in tutto quel Codice non se ne trova mai fatta menzione, come invece vi è menzionato l'adulterio. Per quelle legislazioni non esiste che prole illegittima, contrapposta alla legittima, altra distinzione non v'ha aggiunta a codesta, e tutte le disposizioni di legge concernenti la prole non legittima si trovano sotto la sola rubrica della prole illegittima (Cod. civ. austr., § 155, 172-154). Ciò posto, ogni e qualunque distinzione che nell'applicare le nuove

leggi successorie ai figli illegittimi dichiarati in virtù di leggi anteriori, si voglia fare tra illegittimi semplicemente naturali, e illegittimi adulterini, è un recare in queste leggi concetti estranei affatto ad esse, e proprî soltanto del nuovo diritto; sarebbe quindi ingiustificabile retroattività.

E come io ho detto sopra che la tesi: avere la prole semplicemente naturale, dichiarata giudizialmente tale in virtù della legge transitoria, il diritto di succedere a termini della legge italiana ai genitori suoi defunti vigendo questa legge, è conseguenza e applicazione della stessa tesi rispetto alla prole semplicemente naturale, così debbo ora dire altrettanto rispetto alla successione ai genitori della prole adulterina o incestuosa, dichiarata tale in virtù della stessa legge transitoria. Non è dubbio per me che di adulterinità o di incestuosità della prole non si può tener conto per escludere questa dalla successione ai genitori, se la filiazione loro è stata dichiarata giudizialmente vigendo una legge anteriore che questa dichiarazione ammetteva. Ogni distinzione invece che far si voglia fra tale prole, in tal tempo dichiarata, e la prole semplicemente naturale, è un manomettere e disconoscere lo stato personale, di cui ella era dall'antica legge investita. Oltre di che, ripugna al senso morale veder riconosciuto che una data persona ha carattere legale di figlio, e negatale in pari tempo ogni diritto verso il proprio padre e la propria madre.

Se i discendenti di figlio unico premorto succedano per diritto proprio o per rappresentazione.

Vi hanno giudicati, come p. es., Corte d'appello di Casale, 18 marzo 1902 (*Giur. it.*, 1902, 2, 722), i quali dichiarano che di rappresentanza nella successione intestata non è luogo a parlare se non nel caso di concorso di stirpi, che cioè in quella successione la stirpe rappresenta il genitore, da cui direttamente proviene, soltanto ove essa concorra con altre stirpi nella discendenza di un progenitore comune, e, se codesto concorso non vi sia, non si possa ravvisare nell'unica stirpe di discendenti la rappresentanza del progenitore, e i componenti la medesima succedano bensì in luogo del genitore al progenitore, ma per *diritto proprio*, ciascuno per la propria parte. E da questa premessa deducono logicamente quei giudicati che, allorquando, per difetto di concorso di stirpi, un'unica stirpe succeda, cioè succedano *iure proprio*, o *per capi* coloro che la compongono, non vi sia luogo a imporre a questi successori la collazione di una donazione fatta al genitore o ad altro ascendente loro dal progenitore a cui succedano, ove essi concorrano per avventura con altro successore legittimo, cioè coll'avo o coll'ava. Imperocchè l'art. 1005 dispone che " il discendente, il quale succede per ragione propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donate al vero ascendente ancorachè ne avesse accettato l'eredità; ma, se vi succede per diritto di rappresentanza, deve conferire ciò che fu donato all'ascendente, anche nel caso in cui ne avesse rinunziata l'eredità „. Contraria opinione tennero

altri giudicati, come p. es.: Corte d'appello di Catania, 7 marzo 1898 (*Foro it.*, 1898, p. 502); Cassazione di Palermo, 1° luglio 1899 (*Giur. ital.*, 1899, I, 1, 857), confermatoria della prima.

Nel campo della dottrina sono assai discordi le opinioni degli scrittori sul punto: se alla rappresentazione nella successione legittima sia o no necessario il concorso di stirpi. Stanno per l'opinione affermativa, cioè per la tesi propugnata dalla sentenza di Casale, Borsari (*Comm.*, III, § 15), Ricci (*Corso*, III, n. 35, 292), Marchesini (nota alla citata sentenza di Catania, *Foro it.*, l. c.), Polacco (*Unicità di stirpe e rappresentazione*, Torino, 1898); stanno per la opinione negativa Melucci (*Della collazione*, II, n. 418), e Losana (*Success.*, p. 531).

Vuolsi anzitutto considerare l'importanza pratica della questione.

Essa riducesi propriamente soltanto all'ammettere o no l'imputazione della donazione fatta dall'ascendente al genitore dei discendenti legittimi formanti un'unica stirpe, nella successione di questi ultimi al primo: alla applicabilità, cioè, o inapplicabilità, in questo caso, dell'articolo 1005. Se invero i discendenti, componenti un'unica stirpe, concorrono col coniuge dell'ascendente *de cuius*, certamente essi devono venire considerati come stirpe, cioè come un *figlio* solo, nella commisurazione dei diritti del coniuge, come insegnano Buniva (*Success.*, p. 55) e Pacifici-Mazzoni (*Sostit.*, III, p. 49). Imperocchè, come bene osserva Polacco (loco cit.), codesto caso, non contemplato dall'art. 753, deve essere definito in modo analogo a quello statuito dall'art. 818, cioè assumendo come quota di usufrutto del coniuge la quota di un *figlio*. Di che conviene anche il Ricci (loco cit.), il quale è pure partigiano della tesi adottata dalla Corte di Casale. E se i discendenti componenti l'unica stirpe concorrano nella successione legittima con figli naturali dell'ascendente *de cuius*, osserva pur giustamente Polacco (*ib.*) che anche in questo caso quei discendenti debbono venir considerati come stirpe, cioè come un *figlio* solo, perchè l'art. 744 statuisce che i figli naturali, concorrenti con figli legittimi o *loro discendenti*, hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata, se fossero figli legittimi, cioè, nel caso che i concorrenti con essi siano discendenti da questi figli legittimi, come se con essi concorressero questi, e non i loro discendenti.

Scientificamente considerata, la quistione mette capo alla dottrina che s'intenda professare intorno al concetto e alla funzione della

rappresentazione nella successione legittima secondo il vigente diritto civile, cioè alla dottrina che su quei punti si creda di poter desumere dai molteplici articoli del Codice civile intorno a quell'istituto.

L'articolo 729 del Cod. civ. suona: " la rappresentazione ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti dei rappresentati „. È la stessa definizione dell'articolo 739 del *Cod. civile*, il quale vi premette soltanto le parole: " è una finzione della legge, il cui effetto „ ecc., parole che il nostro legislatore ha voluto omettere.

Questa definizione è chiarissima. Essa significa che il rappresentante viene considerato come se fosse il rappresentato, e che il primo ha non soltanto gli stessi diritti successorii del secondo, e non più, ma anche gli stessi obblighi, e non meno, del secondo, nella determinazione concreta di quei diritti. Non parla l'art. 729 di *obblighi*, ma certamente a questi si estende il subentrare, in generale, il rappresentante *nel luogo* del rappresentato. Del resto, quanto all'obbligo, in particolare, della collazione delle donazioni fatte dal *de cuius* al rappresentato, l'art. 1005 dice espressamente che essa è effetto, cioè necessario effetto, della rappresentazione.

Appena occorre osservare che l'avere il nostro legislatore omesso di chiamare *finzione* la rappresentazione, non modifica menomamente l'esposto concetto di questo istituto.

Posto codesto concetto, egli è chiaro che, se nella successione del figlio o dei figli del premorto unico figlio del *de cuius* all'ascendente di questo, si ravvisi vera e propria rappresentazione, essi devono anche imputare la donazione fatta al padre loro dall'avo, ove concorrano coll'ava nella successione legittima di quello. Ciò in virtù dell'art. 1005. Se quindi si disputa intorno a codesta imputazione in codesto caso, la disputa non può manifestamente dirimersi, come ben comprese la Corte di Casale, se non con criteri desunti dalla funzione della rappresentazione secondo il Cod. civile. Vuolsi cioè ricercare in quali casi, il Cod. civ. faccia luogo a rappresentazione nella successione legittima di discendenti, in quali a successione *iure proprio*, e se uno di questi ultimi casi sia appunto la successione dei figli dell'unico figlio premorto al *de cuius*.

Quali siano nel vigente diritto civile i *casi* di rappresentazione, quali i casi di successione legittima *iure proprio* dei discendenti,

è variamente interpretato dai commentatori del Cod. civ., e di qui appunto la possibilità della questione in discorso.

La Corte di Casale, e i giureconsulti che ne seguono la dottrina, opinano che gli art. 729, 734, 736, 740, capoverso quarto, 806, lasciano indefiniti i casi di rappresentazione. L'art. 806, in particolare, dicendo che " i discendenti non si contano che per quel figlio che rappresentano ", non significa già, affermano essi, che sempre i discendenti rappresentino il figlio da cui provengono, ma bensì e soltanto che si contino per questo figlio, quando lo rappresentino. Per essi il solo caso di rappresentazione è quello del concorso di più stirpi, e basano questa dottrina anzitutto sull'art. 730, e poi sull'autorità del diritto romano. L'articolo 730 dice bensì che la rappresentazione della linea retta discendentale ha luogo in infinito e " in tutti i casi ", ma venendo spiegata codesta espressione colle parole immediatamente successive, *sia* ecc., le quali parole designano soltanto conflitti di stirpi, ne deducono quei giureconsulti che dunque la rappresentazione suppone concorso di stirpi, e si fa soltanto nelle stirpi concorrenti in una medesima successione legittima ad ascendente. E poichè l'articolo 733 statuisce che in tutti i casi nei quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpi, che appunto vi sia luogo a rappresentazione, allorquando e soltanto allorquando stirpi, cioè più stirpi, concorrano nella successione. Nel diritto romano, dicono, è certa cosa che la rappresentazione è successione per stirpi, e suppone quindi sempre concorso per stirpi. E adducono, in prova, fra gli altri passi del testo, la l. 2, cod. *de suis et leg. her.*: " nepotes ex diversis filiis, vario numero, avo succedentes ab intestato, non *pro virilibus portionibus sed ex stirpibus succedant* ". Ed anzi appunto da codesto passo desumono altresì che in diritto romano la rappresentazione e la successione per stirpi non suppongono soltanto concorso di stirpi, ma altresì varietà di numero di discendenti nelle stirpi concorrenti.

Posto che anche in diritto civile italiano, come in diritto romano, quando non c'è concorso di stirpi non vi sia rappresentazione, ne deducono quei giureconsulti che il figlio o i figli dell'unico figlio premorto succedono *iure proprio*, e non per diritto di rappresentazione, d'onde la conseguenza ulteriore che, se questi figli concorrono con l'ava o con l'avo nella successione legittima dell'avo o

dell'ava, non debbono osservare l'art. 1005, non debbono cioè conferire la donazione dell'avo o dell'ava al loro genitore.

E così vengono i giureconsulti in discorso ad ammettere che nel diritto civile italiano vi hanno due casi di successione legittima *iure proprio* dei discendenti: la successione del discendente o dei discendenti all'avo in luogo del genitore vivente, il quale ha rinunziato alla successione del genitore suo (art. 934, 947), e la successione dei figli dell'unico figlio premorto al padre di questo, avo di quelli. Pare anzi al Polacco (loco cit.), che questo secondo caso di successione *per ragione propria* sia testualmente contemplato dall'art. 728, che dice: " l'indegnità del genitore od ascendente non nuoce ai suoi figli o discendenti, sia che succedano per ragione propria, sia che succedano per rappresentazione ". Secondo il Polacco, cioè, la contrapposizione delle due successioni in quelle parole dell'articolo, non può intendersi altrimenti che come contrapposizione dell'ipotesi che i figli o discendenti mettano capo ad un unico rappresentato, e quindi costituiscano una stirpe sola, all'ipotesi che essi mettano capo a parecchi rappresentati, e quindi costituiscano più e diverse stirpi. Ed anche il Marchesini (loco cit.) reputa testualmente qualificata dall'art. 1005 successione legittima per *ragion propria* quella dell'unico discendente, il cui padre sia premorto al *de cuius*, e del quale padre egli abbia accettata l'eredità. Imperocchè dei due casi contemplati dall'art. 1005, che il discendente succeda all'avo per ragion propria o per rappresentazione, il primo non può manifestamente darsi, egli dice, se non quando questo discendente sia unico.

Alla dottrina sin qui esposta si contrappone l'altra, più frequentemente adottata, che la rappresentazione, con tutti i suoi giuridici effetti, e, fra gli altri, quello della collazione delle donazioni fatte al rappresentato, sia voluta dal Cod. civ. italiano tutte le volte che la successione legittima si avvera per discendenti, cioè per la stirpe o per le stirpi provenienti da un genitore o ascendente o da genitori o ascendenti premorti al *de cuius*, e i quali sarebbero stati gli eredi legittimi di questo se gli avessero sopravvissuto. Concorso di stirpi nella successione legittima non è affatto necessario per molti interpreti, anzi per i più, affinchè la successione si faccia per rappresentazione; anche una stirpe sola succede per rappresentazione; cioè tutti coloro che la compongono devonsi reputare costituire una persona sola in virtù dell'unicità della stirpe.

Pare ai seguaci di questa dottrina che essa sia a dirittura indiscutibile, perchè testuale. E adducono in prova l'art. 730, che dice aver luogo la rappresentazione nella linea retta discendente *in tutti i casi*, e gli stessi articoli 736, 740 (capov. quarto), 806, che altri, come dirò più sotto, interpretano diversamente.

E pei seguaci della prevalente dottrina solo il caso di successione legittima dei discendenti per *ragion propria* è quello contemplato dall'art. 947, cioè la successione del discendente o dei discendenti all'avo, in luogo del genitore vivente, il quale abbia rinunciato alla successione del genitore suo.

Facendomi ora a studiare la questione alla volta mia, io non esito a dichiararmi fautore della tesi propugnata dalla Corte di Casale, ma debbo subito dichiarare che questa tesi non mi sembra essere stata propugnata finora abbastanza validamente, cioè, oso dire, colla necessaria profondità. Essa è certamente questione di testo, cioè da risolversi confrontando vari articoli dal Codice civile, ma egli è certamente un caso codesto in cui certezza di conclusioni non si può conseguire, se col letterale significato di quei testi di legge non concorra e consuoni la ragione sua, se esso non trovi cioè la ragione sua in premesse desunte dalla dottrina della successione in generale, e dall'evoluzione storica di essa in relazione alla rappresentazione in particolare. E appunto mi sembra che quest'altra essenzial parte della dimostrazione o manchi, o non sia abbastanza efficace nelle argomentazioni finora addotte dai fautori della tesi a cui io pure dò la preferenza.

Confrontando testi con testi, non è dubbio per me che l'unico figlio o i più figli dell'unico figlio premorto, o l'unico discendente, o i più discendenti ulteriori provenienti da quell'unico figlio premorto, succedono non già come stirpe, ma come individui, cioè per capi, e che, per conseguenza, non sono obbligati a conferire una donazione che il *de cuius* abbia fatto al loro genitore, ove concorrano nella successione legittima del *de cuius* col coniuge di questo. L'articolo 730, benchè cominci col dire *in tutti i casi,* spiega poi, e, diciamolo pure, corregge codesta locuzione, soggiungendo subito *sia*, ecc., e riducendo manifestamente i *tutti i casi* ai soli casi di concorso di stirpi. Più chiaro ancora è l'articolo 733, il quale, dicendo che, “ in tutti i casi nei quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpi ”, dà chiaramente a divedere che la rappresentazione suppone

concorso di stirpi. Non occorrono per me altre indagini di testo a confermare la detta tesi, poichè nessun testo vi contraddice esplicitamente, tranne un solo, il quale, se ben si consideri, può senza temerità osarsi avere per non scritto. E questo è l'art. 806, solitamente addotto dai fautori della tesi contraria a quella da me preferita. Dicendo invero l'art. 806, capov. secondo, che " i discendenti non si contano che per quel figlio che rappresentano ", sembra sulle prime ammettere implicitamente che anche i discendenti dell'unico figlio premorto lo rappresentino, e quindi succedano all'avo come stirpe e non come individui o per capi. Ma l'art. 806 appartiene alla sezione, al discorso intorno alla porzione legittima, laonde la espressione *non si contano* vorrebbe significare, che nel determinare la quantità della porzione legittima quei discendenti non entrano nel numero loro, ma contano soltanto per uno, qualunque sia il loro numero. Ora, a che serva codesta ingiunzione del legislatore non è davvero possibile comprendere, visto che per il nostro Cod. civ., qualunque sia il numero dei discendenti, aventi diritto alla legittima, questa consiste sempre nella metà del patrimonio. Qual è la ragione d'essere dell'art. 806, capoverso secondo? Non altro che una svista del legislatore, il quale, dopo aver tradotto dal *Cod. civile* l'art. 913 nell'art. 805, modificandolo però col sostituire alla varia misura della legittima, secondo il numero degli aventi diritto, la quotità fissa di essa nella metà del patrimonio del *de cuius*, tradusse poi anche l'art. 914 (ora terzo capoverso dell'art. 913, in virtù della legge 23 marzo 1896), che è sèguito e complemento dell'art. 913, nell'art. 806, ma non si accorse che la disposizione finale dell'art. 914 supponeva per appunto nell'art. 913 ciò che non era stato mantenuto, ma era stato modificato nell'art. 805.

Ma se pare sicurissimo, argomentando dai testi, che il nostro Cod. civ. non ammetta rappresentazione se non nel caso di concorso di stirpi, onde avere piena certezza di tale opinione, occorre, come ho già avvertito poc'anzi, confermarla, se è possibile, argomentando dalla dottrina generale della successione legittima di quel Codice, e dalla evoluzione storica del sistema di essa in relazione alla rappresentazione in particolare.

Dice benissimo il Polacco che la parola *rappresentazione* non è delle fonti romane, nè della dottrina, romanistica dapprima, civilistica poi. Codesta osservazione però non può valere di premessa

a nessuna illazione nella presente questione. Anzichè rappresentazione del genitore premorto all'ascendente *de cuius*, il diritto romano diceva in *locum in iura parentis succedere* (Nov. 118, c. 1, 3; Nov. 127, c. 1), ed ora a me pare che la parola *rappresentazione* nel diritto moderno, e la definizione datane dall'art. 729 del nostro Cod. civ., rispondano pienamente al significato di quell'*in iura succedere*, ed egli è certo anche in diritto romano che la collazione, in particolare, della donazione fatta al premorto discendente, incomba al figlio o discendente di lui (art. 1005), ove si possa di questo, secondo quel diritto, affermare che succede all'avo in *locum parentis*.

Ma se il diritto romano non dà fondamento a nessuna critica del concetto odierno di rappresentazione, vuolsi appunto muovere dal diritto romano nel ricercare la provenienza di questo istituto, onde poi pervenire a determinare l'odierno senso e modo in cui esso coopera all'attuazione della legittima successione. Non è dubbio che il concetto della rappresentazione è romano, ma che la funzione di questo istituto sia rimasta nel diritto moderno, italiano in particolare, la stessa come nel diritto romano, è asserzione di molti. Ora a me non pare esatta codesta asserzione, riflettendo che il sistema della successione legittima non è nel diritto civile odierno quello stesso del romano diritto.

La funzione della rappresentazione, del succedere in *iura parentis*, apparisce nei testi romani essere stata duplice. Nella successione intestata, e nella successione nella porzione legittima essa regolava la distribuzione della eredità fra le persone appartenenti a stirpi diverse, provenienti da un comune genitore, o ascendente, assegnando a ciascuna stirpe una eguale quota, e questa quota dividendo fra le persone componenti ciascuna stirpe. Nella successione testata in particolare, essa regolava altresì la distribuzione della eredità fra i legittimari e gli eredi testamentari, distribuendo fra le stirpi provenienti dal figlio o dai figli la porzione legittima corrispondente al numero di questi. E certamente, sia nella successione intestata, sia nella testamentaria, l'*in iura parentis succedere* implicava l'obbligo per ogni stirpe di conferire le donazioni fatte al capostipite dall'ascendente *de cuius*.

In altri termini, la rappresentazione, il *succedere in iura parentum*, apparisce veramente nei testi romani nel solo caso di *concorso di stirpi*, aventi ciascuna un immediato capo-stipite proprio, e con

succedenti a un capo-stipite più remoto. E come tale essa è anche designata nella Nov. 127, c. I, ove si dice: *quam successionem in stirpes antiquitas vocavit.* Era una *successio in stirpes* con un duplice intento: impedire il soverchio frazionamento del patrimonio paterno e avito, dividendolo fra le stirpi, anzichè fra tutti gli individui, presi insieme, componenti le stirpi; disciplinare l'esercizio del diritto attribuito dalla legge ai figli o ai nepoti sulla totalità o su parte del patrimonio del padre o dell'ascendente, e proporzionato al loro numero, non computando in questo numero i figli del figlio o del discendente. Il primo intento mette capo all'interesse della famiglia, fatto prevalere a quello degli individui: il secondo mette capo all'interesse del testatore, e a quello dei terzi, che questi voglia beneficare.

Ma se in diritto romano la rappresentazione, lo *in iura parentis succedere*, apparisce nel solo caso di concorso di stirpi, ciò non esclude che nella interpretazione romanistica possa e debba farsi quistione se, veramente, allorquando succeda all'avo la stirpe di un figlio suo, non debbasi ammettere rappresentazione. La quistione è di grande importanza pratica nella successione testamentaria per determinare la quantità della porzione legittima. Imperocchè, secondochè i parenti discendenti si contino per capi, oppure per stirpe, la quantità della porzione legittima e della porzione disponibile riesce diversa.

Ed è noto che discordi sono in proposito le opinioni dei romanisti. L'opinione affermativa è seguìta da parecchi, fra i quali Voet (*ad Pand.*, lib. 5, tit. 2); l'opinione prevalente è negativa, ed è stata più volte adottata anche dalla Rota romana (vedi Marchesini, loco cit.); ultimamente lo fu anche dalla Cassazione di Roma nella citata sentenza 25 giugno 1883. Io non voglio qui diffondermi intorno a questa quistione romanistica, la quale è certamente più autorizzata di quella agitata dapprima fra Accursio e Azone circa la successione per stirpi o per capi, rispetto ai figli di germani premorti, ammettendo la prima Accursio, la seconda Azone, il cui avviso fu poi seguìto da parecchi romanisti posteriori, riducendosi la disputa al caso del disuguale numero dei componenti le diverse stirpi dei germani premorti, e ammettendo in questo caso, in base alla l. 2, cod. *de suis et leg. her.*, la rappresentanza parecchi, e, per es., Donello, Fabro, Savelli, i quali la escludono allorchè quel numero sia eguale in tutte le stirpi.

Per me io credo più probabile l'opinione che anche l'unica stirpe succeda in diritto romano per rappresentazione nella porzione legittima, ma in questa soltanto, onde determinarne la quantità. Ma nella successione intestata non credo sostenibile la rappresentazione dell'unica stirpe. E quanto alla collazione in particolare della donazione dell'avo, per virtù della rappresentazione, nella successione intestata dell'unica stirpe di discendenti, punto non definito al certo dal gius romano, come osserva la Cassazione di Palermo nella citata sentenza 1° luglio 1899, io non dubito di affermare che non possa ammettersi affatto. Imperocchè, qualunque opinione si abbia intorno ai casi di rappresentazione in diritto romano, non è possibile disconoscere a questo istituto il carattere suo proprio, la vera e propria ragione sua, che è la prevalenza del concetto di famiglia sul concetto dell'individuo. La successione romana per *stirpi*, sia nella successione intestata, sia nella successione nella legittima, è anche successione *nell'interesse delle stirpi o della stirpe*, della famiglia cioè, e non è quindi ammissibile che ne abbiano a profittare in nessun modo, e rispetto alla collazione in particolare, altre persone fuorchè quelle appartenenti alla stirpe.

Il concetto e il sistema romano della rappresentazione nella successione legittima si mantennero nel diritto romano, e poi, specialmente in Italia, fino ai moderni codici, nonostante le modificazioni che il diritto romano, in materia di successione legittima, ebbe in altri punti a subire nelle moderne legislazioni, che sentirono l'influenza del diritto romano. Vediamo ora se e quali modificazioni quel concetto e quel sistema abbiano subìto nella legislazione francese del secolo decimonono, poscia nella attuale legislazione italiana.

Se si confronti il concetto e il sistema della rappresentazione romana nella successione legittima, con quelli adottati dal *Code civil*, si scorgono fra essi notevoli differenze.

Nel diritto francese, come nel romano, la rappresentazione agisce nei due sensi o modi, col duplice intento accennato sopra, poichè anche il *Code civil* assegna alla porzione legittima una quantità diversa secondo il numero dei figli. Ed anche in diritto francese, come in diritto romano, ogni stirpe deve, nella successione intestata, conferire la donazione fatta al capo-stipite dall'ascendente del *de cuius*, come il figlio conferirebbe la donazione paterna nella successione coi suoi fratelli (art. 848). Dà bensì il *Code civil* una

definizione della rappresentazione (art. 739), che manca nel diritto romano, ma, come ho già detto sopra, a questa definizione risponde appieno il concetto che i Romani avevano dello *in iura parentis succedere*, gli effetti giuridici che quella definizione designa sono gli stessi di quel romano concetto.

Ma una notevole differenza intercede fra il diritto francese e il romano in materia di rappresentazione in ciò che il primo ammette esplicitamente la rappresentazione nella successione di stirpe unica nella porzione legittima, che nel secondo non si ritrova. Vero egli è che l'art. 740 del *Code civil*, rispondente al nostro 730, sembra ammettere la rappresentazione nel solo caso di concorso di stirpi, e che lo stesso pare potersi desumere dall'art. 743 corrispondente al nostro 733. Ma vi ha nel *Code civil* anche un art. 914 (ora 913, 3° capov.), quell'art. 914 che ho detto sopra essere stato fuori di proposito, e senza effetto alcuno, inserito nel nostro Cod. civ. (art. 806 capov.), e il quale ha nel *Code civil* tutta quella efficacia che non può avere nel Codice nostro, poichè vi si collega col canone della proporzione legale fra l'ammontare della legittima e il numero dei figli, che al diritto nostro è del tutto estraneo. Dicendo il legislatore francese che i discendenti di qualunque grado non sono contati che per il figlio che rappresentano, contati, s'intende, appunto per la determinazione della porzione legittima, viene manifestamente, benchè in implicito modo, ad ammettere e far presupporre che anche di un figlio solo vi ha rappresentanza per parte della stirpe sua. Imperocchè l'interesse pratico di contare parecchi successori legittimi per uno, vi è tanto se i parenti appartengono ad una stirpe sola, quanto se appartengono a diverse stirpi. È dunque per me certa in diritto francese la rappresentazione nella successione di un'unica stirpe di discendenti nella porzione legittima. E benchè il legislatore francese non è a ritenersi che fosse consapevole di questa applicazione dell'istituto della rappresentazione, l'interprete però deve dare all'art. 913 la *vis ac potestas* sua, anche al di là dei termini e della consapevolezza del legislatore. Un solo giurista francese, il Levasseur, sostiene che la successione dei componenti l'unica stirpe di successori legittimi si faccia per capi; tutti quanti gli altri hanno ripudiata la detta tesi.

Quanto alla collazione, in particolare, delle donazioni fatte dall'ascendente *de cuius* al capo-stipite dell'unica stirpe di di-

scendenti nella successione intestata, mentre io ho sostenuto sopra non poterlasi ammettere in diritto romano, quand'anche in questo si ammetta la rappresentazione in tale successione, vuolsi ritenere il contrario in diritto francese. Ciò in virtù della definizione generale della rappresentazione, data dal francese diritto. È naturale effetto, già l'ho detto sopra, di questa definizione, la collazione della donazione del *de cuius*, epperò tutte le volte che la rappresentazione si ammetta, non è possibile negarle codesto effetto. In diritto romano invece, mancando quella generale definizione, e dovendosi l'unica stirpe di discendenti ammettere solo per via di interpretazione analogica, e in quanto questa è necessaria, cioè al solo scopo della determinazione della porzione legittima, è lecito, anzi doveroso limitare l'interpretazione e l'effetto della rappresentazione dell'unica stirpe a quello scopo, escludendo dal beneficio di essa altri successori legittimi che concorrano coi discendenti. Vi hanno bensì alcuni valenti giuristi francesi, come Duranton, Demolombe, Laurent, Arntz (v. MARCHESINI, loco cit.), i quali professano il contrario avviso, reputando la rappresentanza del *de cuius* per parte dell'unica stirpe di discendenti ristretta al solo non poter questi percepire più di quello che il capo-stipite avrebbe percepito; ma codesta interpretazione non si può affatto conciliare colla definizione della rappresentazione scritta nell'art. 740 del *Code civil.*

La vigente legislazione civile italiana fluisce dal diritto romano per il tramite della legislazione civile francese, epperò le considerazioni fatte intorno alla rappresentazione nella successione legittima nel diritto romano e nel francese, il confronto fatto su tal proposito fra questo e quello, devono porgere il più sicuro mezzo di rettamente interpretare l'odierno diritto civile italiano circa la successione legittima in ordine all'istituto della rappresentazione.

Ho notato sopra che nel vigente Cod. civ. italiano vi hanno cotesti non equivoci, i quali mostrano che il nostro legislatore collegava nella sua mente il concetto di rappresentazione con quello di successione di stirpi concorrenti. Or se questo intendimento del legislatore si è veduto esser pure stato quello del legislatore francese, e se il diritto romano, da cui il francese dapprima, e poi l'odierno italiano certamente procedono, collegava del pari quei due concetti, non può essere dubbio che la induzione,

desunta dai singoli articoli del nostro Cod. civ., al vero risponda. In questo senso va certamente intesa la nota dichiarazione di PISANELLI nella sua relazione intorno al Cod. civ.: " i discendenti di secondo od ulteriore grado prendono il posto del figlio di primo grado, che rappresentano, e conseguiscono la porzione che sarebbe a lui spettata, se fosse tuttora in vita „. E ben si può ripetere col Pescatore (*Giornale delle leggi*, 1873, n. 1), che nel nostro diritto civile " successione intestata, diritto di rappresentazione e vocazione di tutte le stirpi sono tre termini correlativi ed indivisibili „; e anche soggiungere con lui che per il nostro diritto civile: " vocazione di una sola stirpe e diritto di rappresentazione è contraddizione nei termini „.

Ma io ho anche osservato sopra che tanto in diritto romano, quanto in diritto francese la connessione fra il concetto di rappresentazione e quello di successione di stirpi, è un principio che subisce eccezione nella successione testamentaria, in ordine alla determinazione della porzione legittima. Eccezione negata bensì, ma, a mio credere, a torto, da alcuni romanisti, e certissima invece nel diritto francese, benchè il legislatore francese non siasene accorto. Ora codesta eccezione è essa anche da ammettersi nel vigente diritto civile italiano?

Basta confrontare il sistema della successione nella porzione legittima del nostro Cod. civ. col francese e col romano giustinianeo, per rispondere di no.

Dei due intenti o funzioni della rappresentazione, dei due sensi o modi avvertiti e chiariti sopra, uno solo conosce ed ammette il vigente diritto civile italiano. Poichè questo, a differenza dal romano e dal francese, non proporziona variamente la quantità della porzione legittima al vario numero dei legittimari, ma la fissa nella metà del patrimonio ereditario, qualunque sia il numero di quelli, egli è chiaro che in esso la rappresentazione non può aver altra funzione che di far distribuire l'eredità fra le stirpi, anzichè direttamente fra i componenti di queste. Il solo motivo cioè, per cui la rappresentazione in un'unica stirpe può ammettersi in diritto romano, ed è certamente ammessa in diritto francese, vien meno affatto nel vigente diritto civile italiano.

In tal guisa il confronto del vigente diritto civile italiano colle legislazioni da cui è provenuto, conferma la induzione desunta da singoli articoli, che nel Cod. civ. italiano la rappresentazione sup-

pone sempre concorso di stirpi, e non è mai ammissibile in una sola stirpe di successori.

Che adunque nell'odierno diritto civile italiano, i figli dell'unico figlio premorto, che in generale i discendenti compresi in una unica stirpe, succedano sempre per capi, e non mai per rappresentazione, al padre, ad un ascendente qualunque, *de cuius*, è oramai per me, e credo lo sarà anche per il mio lettore, una tesi certissima, come quella che in pari tempo si appoggia sulla lettera di parecchi articoli del Codice, e sulla ragione di questi, cioè sulla stessa economia del sistema italiano della successione legittima, studiata col lume della evoluzione storica di questo.

Or se nell'attuale diritto italiano rappresentazione non vi ha nella successione legittima di un'unica stirpe di discendenti, non può certamente ammettersi collazione della donazione dell'ascendente al premorto capo-stipite dell'unica stirpe, nella successione legittima di questa a quello, ove la stirpe concorra alla successione legittima del *de cuius* con altri parenti di questo, non in linea discendentale. Quistione, che giustamente la Corte di Casale fece dipendere dalla premessa che professar si debba intorno ai casi di applicazione della rappresentazione, alla funzione cioè di questa nella successione legittima secondo il diritto italiano.

L'ipoteca testamentaria nel diritto civile italiano.

Che si possa per testamento dar titolo a iscrizione ipotecaria non è stato finora ammesso, ch'io sappia, che dalla Corte d'appello di Casale, 14 maggio 1896 (*Giur. ital.*, 1896, I, 2, 514), e dalla Cassazione di Torino, 7 dicembre 1896 (*Foro it.*, 1897, 1, 160), in conferma della sentenza di Casale. Le sentenze infatti della Corte di Milano, 7 febbraio 1879 (*Monit. dei Trib.*, 1879, 260) e della Cassazione di Torino, 3 dicembre 1980 (*Foro it.*, *Repert.*, 1881, voce *Ipoteca*, n. 34), e 20 dicembre 1895 (*ib.*, 1896, I, 803), citate talvolta in favore di quella tesi, riguardano ipoteche iscritte per spontanea adesione, o senza opposizione degli eredi alla volontà del testatore, e quindi in virtù di tacita convenzione fra legatari ed eredi. Se invero l'erede lascia iscrivere l'ipoteca ordinata dal testatore, questo fatto può essere un accordo, espresso o tacito, fra l'erede e il legatario, e l'ipoteca è convenzionale, non testamentaria, ripete dalla convenzione il suo titolo, e dal testamento l'occasione soltanto.

La Corte di Casale adduce in sostegno della sua tesi i *Motivi* del Codice civile, e specialmente il fatto che, discutendosi in seno alla Commissione coordinatrice intorno alla proposta Chiesi, di aggiungere all' art. 2005 del progetto Miglietti, a cui risponde l'art. 1968, la parola *testamentaria*, la conclusione fu che tale aggiunta non si poteva accettare " perchè l'ipoteca testamentaria in pratica e anche in diritto è compresa nella convenzionale ", perchè " sarebbe pericoloso ed originerebbe non poche quistioni il farne una classe a parte, massime che in tal caso converrebbe regolarla

con diversi e distinti articoli, di cui si accrescerebbe il Codice senza utilità „, e perchè “ nella pluralità dei casi supplisce al difetto di questa ipoteca il diritto di separazione dei patrimoni „.

Come questi motivi abbiano potuto parere alla Corte argomenti in pro della sua tesi, non comprendo. Mentre io convengo che il motivo della equivalenza della separazione dei patrimoni alla ipoteca testamentaria pei legatari, non risponde al vero, non comprendo invece come la Corte abbia potuto dar valore agli altri due motivi. Dice benissimo la Corte, che la separazione dei patrimoni è molto minor guarentigia dell'ipoteca testamentaria, già per la ragione che la prima non si può domandare che dentro il termine perentorio di tre mesi dall'aperta successione (art. 2057), mentre il diritto ad accendere una ipoteca non si prescrive che in trent'anni. Al quale argomento si potrebbe aggiungere che la separazione del patrimonio guarentisce tutti i legatari ugualmente contro i creditori dell'erede, mentre l'ipoteca testamentaria darebbe preferenza ad un singolo legatario su tutti gli altri, ove questa preferenza non fosse oggetto di espressa disposizione testamentaria (art. 825). Ma la Commissione, che disse dapprima essere la ipoteca testamentaria compresa nella convenzionale, e poi rifiutò di accogliere quell'istituto nel Codice civile “ onde non dar luogo a questioni „, è caduta certamente in contraddizione, e colla seconda proposizione ha disdetto la prima. La Corte invece si è voluta appigliare appunto alla prima delle due proposizioni, non tenendo conto della seconda; e in ciò essa ha avuto indubbiamente torto. Per la Corte di Casale il precipuo argomento per ammettere la ipoteca testamentaria è l'identità di questa colla convenzionale, ma in quanto ciò essa crede sulla fede della Commissione coordinatrice, ha torto; in quanto poi essa ha fatto propria una tale tesi, è in errore, ripete cioè un errore, che, per un momento, commise anche quella Commissione.

Nulla ha di comune il testamento col contratto (1). Si ravvisa bensì un quasi-contratto nell'accettazione dell'eredità, ma fra l'erede e i legatari e creditori del defunto; il diritto però dei secondi in confronto dell'eredità, esiste, ed è irrevocabile per parte del concedente, non appena questi è morto, prima ancora che l'erede abbia accettato, e indipendentemente da questa accettazione.

(1) V. la mia *Philosophie du droit de succession*; rammentisi la nota regola del diritto che *verba contraxerunt, gesserunt non pertinent ad testandi jus*.

Ed ora appunto si domanda se, concessa una ipoteca per testamento, si possa ravvisare nel testamento un titolo idoneo all'iscrizione ipotecaria, titolo cioè che si possa far valere in confronto dell'erede, dei creditori del defunto, e degli altri legatari.

In questi termini precisamente, sta in diritto odierno la questione dell'ammissibilità dell'ipoteca testamentaria. Nel diritto romano, l'ipoteca, essendo tacita, poteva benissimo costituirsi per testamento, nel senso che per sola virtù di questo, alla morte del testatore, la cosa designata si trovava colpita dal diritto di ipoteca. Ma nel diritto odierno, essendo necessaria alla esistenza dell'ipoteca la iscrizione, e soltanto in virtù di questa esistendo diritto reale d'ipoteca, viensi necessariamente a distinguere il titolo costitutivo della ipoteca dalla costituzione di questa. Ora il Codice civile all'art. 1968 annovera tre specie di ipoteca, legale, giudiziale, convenzionale, il che è quanto dire, riconosce tre titoli costitutivi, che meglio si direbbero titoli alla costituzione dell'ipoteca, che sono: la legge, la sentenza e la convenzione. E per convenzione s'intende non soltanto uno scambio di consensi, ma anche l'accettazione di una anterior promessa unilaterale, come dichiararono la Cassazione di Napoli, 30 agosto 1889 (*Foro it.*, 1890, I, 72), la Cassazione di Torino, 13 dicembre 1894 (*Ib.*, *Repert.*, 1895, voce *Ipoteca*, n. 31), la Corte di appello di Firenze (*Ib.*, 32), la Corte di appello di Venezia, 10 marzo 1891 (*Ib.*, *Repert.*, 1891, voce *Ipoteca*, n. 19-21), la qual promessa unilaterale non si può al certo mai ravvisare in una disposizione testamentaria, divenuta efficace e irrevocabile, mentre la promessa unilaterale può sempre venir revocata, fino a che accettata non sia. Questione è appunto se oltre a questi tre titoli si possa ammetterne un altro, cioè il testamento, benchè la legge di questo non parli.

Posta così la questione, sembrami facile risolverla, anzi tanto facile, che non si possa neppure dire questione.

Per il solo fatto che la legge non menziona il testamento come titolo costitutivo dell'ipoteca, codesto titolo non si può ammettere, è a reputarsi estraneo al nostro diritto civile. Se anche dai *Motivi* della legge non apparisce chiaro che la ipoteca testamentaria non si volle ammettere, basterebbe sempre ad accertare codesto il silenzio del legislatore. O l'erede rispetta ed eseguisce la volontà del testatore che diede una ipoteca al legatario, e l'ipoteca assume carattere convenzionale, o non la vuole rispettare, e l'iscri-

zione non si può fare in base al solo testamento. Non si può fare, non già perchè il testamento, anche olografo, non sia documento idoneo ad essere presentato al conservatore delle ipoteche. Nel Belgio infatti, dove la ipoteca testamentaria è ammessa, non c'è stato mai dubbio in proposito. E quanto al testamento olografo in particolare, che esso possa reputarsi atto autentico, non è dubbio, come bene osserva la Corte di Casale, nella nostra giurisprudenza (V. Cassazione di Napoli, 7 maggio 1894; *Giur. ital.*, 1894, I, 1, 990). L'iscrizione del testamento nei registri delle ipoteche non si può fare, unicamente perchè il legislatore nol consente, e non lo consente perchè e solo perchè non lo permette espressamente.

Il legislatore italiano cioè non ha voluto consentire al testatore di legare una ipoteca, oltre a legare una prestazione qualunque sulla propria eredità, e propriamente a guarentigia di questa prestazione. Non ha voluto consentire che per virtù sola del testamento un legatario acquistasse in pari tempo il diritto di ripetere una prestazione dall'erede, e il diritto di accendere per guarentigia di questa prestazione una ipoteca sui beni ereditari, volente o nolente l'erede. Non ha consentito la seconda cosa, come ha consentito la prima; non ha permesso che il legatario avesse altra guarentigia reale, fuorchè la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; non ha permesso che un legatario, per virtù d'ipoteca testamentaria, fosse preferito agli altri, cioè pagato a preferenza degli altri, e solo ha permesso che tutti i legatari indistintamente fossero preferiti ai creditori dell'erede, in virtù della separazione del patrimonio ereditario da quello dell'erede.

È forse per sè medesimo inintelligibile, assurdo, siffatto intendimento del legislatore italiano? Bisognerebbe potere affermare codesto per escluderlo, per non avervi riguardo, mentre esso è tanto chiaro. Ma cotale affermazione appunto nessuno può permettersi.

È egli forse nuovo che l'ipoteca testamentaria non sia ammessa, cioè che il testamento non costituisca, per sè solo, titolo al legatario di iscrivere una ipoteca a guarentigia del legato? Tutt'altro; nuovo è invece, cioè insolito, il contrario. L'ipoteca testamentaria infatti non esiste nè in diritto francese, nè esisteva nei Codici vigenti in Italia, ad eccezione del solo Codice austriaco (§ 449), il

quale espressamente la permette. Esiste nel Belgio in virtù della legge ipotecaria 16 dicembre 1851 (art. 44), la quale pure espressamente la ammette.

E per comprendere il pensiero del legislatore italiano rispetto all'ipoteca testamentaria dei legatari, cioè contro questa ipoteca, bisogna collegarlo con altri pensieri e disposizioni, cioè col sistema delle guarentigie del legatario, che esso legislatore ha voluto istituire.

Esiste infatti un tal sistema nel Codice civile italiano, e si è venuto svolgendo dal relativo diritto storico. La principale guarentigia dei legatari, da Giustiniano in poi, cioè dalla l. 1, C. *comm. de leg.*, la quale però permette in pari tempo l'ipoteca testamentaria, fu l'ipoteca legale sui beni ereditari. Questa ipoteca legale si mantenne in tutte le legislazioni moderne, e la si trova infatti nel *Code civil* (art. 1017), nel Codice albertino (art. 860), nel Codice parmense (art. 2176), nel Codice estense (art. 2173), e fu solo abbandonata in Italia dal Codice civile austriaco, il quale abolì tutte quante le ipoteche legali. In tutti questi Codici però i legatari hanno anche un'altra guarentigia reale contro la concorrenza dei creditori dell'erede, possono domandare cioè la separazione dei patrimoni, la quale deve pure essere iscritta nei registri ipotecari (*Code civil*, art. 878; LL. CC. delle Due Sicilie, art. 798; Cod. albertino, art. 1100; Cod. est., art. 1095; Cod. parmense, art. 2142). E l'una e l'altra guarentigia anzidette sono comuni a tutti quanti i legatari. Se il testatore vuole preferito uno ad altri legatari nel pagamento, le dette legislazioni moderne, che non ammettono la ipoteca testamentaria, cioè tutte quante, tranne l'austriaca, consentono che nel testamento ciò venga espressamente ordinato (*Code civil*, art. 927; LL. CC. delle Due Sicilie, art. 814; Cod. parmense, art. 1027; Cod. est., art. 1025). Di tutte insieme le suaccennate disposizioni si componeva il sistema delle guarentigie del legatario nei Codici vigenti in Italia prima del Codice civile italiano. Ora il sistema di questo Codice in tale materia è appunto quello stesso anteriore sistema, con una sola modificazione, che è l'abolizione della ipoteca legale comune dei legatari. Nel Codice civile italiano è ancor provveduto, come in tutti i Codici precedenti, alla duplice guarentigia dei legatari e dei creditori del defunto di fronte ai creditori dell'erede, e del singolo legatario di fronte agli altri legatari; alla prima mediante la separazione

dei patrimoni, alla seconda mediante un ordine di preferenza scritto nel testamento. È un sistema anche questo, come lo era quello dei Codici precedenti, anzi è lo stesso sistema precedente, meno una delle due guarentigie comuni di tutti i legatari, che quei Codici ammettevano. È un sistema che il generale concetto di guarentire il legatario svolge ed attua nei suoi due aspetti, che sono: guarentigia collettiva, guarentigia individuale. E in questo sistema l'assenza dell'ipoteca testamentaria è spiegata e giustificata dal riflesso che al generale scopo di questa ipoteca, guarentigia del legatario singolo in confronto degli altri legatari, il legislatore provvede altrimenti e sufficientemente con apposite disposizioni.

Come è egli adunque possibile reputar sottintesa nel sistema di guarentigie dei legatari la ipoteca testamentaria, mentre lo scopo, a cui questa ipoteca tende, non è già sfuggito al legislatore, ma esso vi ha provveduto, in altro modo bensì, ma pur vi ha provveduto?

Io non disconosco che l'ipoteca testamentaria è migliore guarentigia del singolo legatario, che non il semplice ordine di preferenza, di cui all'art. 825; imperocchè, ove accada che il singolo legatario, preferito agli altri dal testatore per il pagamento, non abbia anche domandato la separazione dei patrimoni, indotto magari in errore dallo stesso erede, quella ipoteca soltanto potrebbe assicurarlo contro il pericolo di non essere soddisfatto, malgrado l'ordine del testatore. Epperò io non sarei stato alieno dal consigliare al legislatore nostro di imitare la legge belgica del 1851, pure tenendo ferma l'abolizione dell'ipoteca legale dei legatari, che anche il diritto belgico non ammette. Ma appunto perchè in un sistema di guarentigie dei legatari, quale è quello adottato dalla nostra legislazione, l'ipoteca testamentaria non è necessario elemento, non è possibile che ve la introduca l'interprete, mentre la legge non ne parla; della qual legge il silenzio in proposito non è già inesplicabile o senza senso, ma ad un concetto, ad un sistema risponde, ed è esso medesimo un concetto.

Di fronte a queste considerazioni non è davvero autorizzata, la domanda della Corte di Casale: perchè non deve essere lecito al testatore accordare ad un onorato, oltre ad un dato legato, anche una ipoteca a guarentigia di questo? Sarebbero, è vero, due legati codesti, pel secondo de' quali è tanto ammissibile la libertà del

testatore, quanto rispetto al primo. Ma egli è anche vero che la libertà testamentaria è moderata dalla legge, specialmente in quelle materie che attengono al pubblico interesse, fra le quali materie vi ha certamente l'ipoteca. Ed egli è altrettanto vero che il legislatore italiano non annovera l'ipoteca testamentaria fra le ipoteche da lui riconosciute, e che a nessuna di queste può quella essere ricondotta. Bene o male abbia egli ciò fatto, è superfluo indagare; ma certamente egli ha avuto quel proposito, perchè, lo ripeto, ad un concetto egli risponde, e di un sistema è parte ed effetto.

Ma se una ipoteca testamentaria a guarentigia di un legato non darebbe certamente al legatario diritto alla iscrizione, non ne consegue però che il legatario dell'ipoteca non possa desumere nessun diritto da tale disposizione del testatore.

Se il legatario non può iscrivere l'ipoteca testamentaria, ove l'erede nol consenta, egli può tuttavia convenire in giudizio l'erede affinchè gli dia l'ipoteca ordinata dal testatore, venga cioè ad un accordo con lui a tale scopo, oppure risponda degli eventuali danni che il legatario avesse a risentire, come se, per es., non ostante la separazione dei patrimoni, l'asse ereditario, depurato dai debiti, non bastasse a soddisfare tutti quanti i legatari, ma in parte soltanto e *pro rata*. Poichè l'ordine del testatore circa la ipoteca non può avere effetto se non perchè l'erede si accordi col legatario per eseguirlo, si può ben reputare obbligato l'erede ad accedere a quella convenzione, o a prestare al legatario l'*id quod interest* se non vi acceda. E la sentenza favorevole al legatario che il giudice pronunciasse, darebbe certamente luogo ad un'ipoteca eventuale, ma giudiziale, non testamentaria, e ipoteca giudiziale contemplata dall'art. 1970.

Oppure il lascito di un'ipoteca a guarentigia di un legato potrebbesi forse reputare equipollente a un legato di preferenza nel pagamento del legato, di cui fa cenno l'art. 825 più volte sopramenzionato.

Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare.

Che la sostituzione fedecommissaria implichi la sostituzione volgare, è oramai giurisprudenza costante della Cassazione di Roma. La sentenza 15 dicembre 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 93) ha seguìto quella pronunciata a Sezioni riunite il 12 giugno 1894 (*Giurispr. it.*, 1894, I, 628). E già in una sentenza 27 novembre 1877 la Cassazione romana aveva accolto la stessa tesi rispetto alla sostituzione compendiosa, contrariamente alla Cassazione di Torino (*Ivi*, 1877, I, 451). Prima che dalla Cassazione romana, la tesi della inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria era stata accolta dalla Cassazione di Palermo, 8 aprile 1893 (*Ivi*, 1877, I, 628, i. n.), nella stessa causa decisa poi dalle Sezioni riunite della Cassazione romana. E dello stesso avviso è anche la maggior parte dei giuristi italiani, che ne hanno scritto, il PACIFICI-MAZZONI, il BORSARI, il BELLAVITE, il RICCI, il LOSANA, e anche la massima parte dei francesi, tra i quali il LAURENT, il DEMOLOMBE, AUBRY et RAU, dai quali dissentono il MARCADÉ e lo ZACARIAE.

In seguito alla pubblicazione della sentenza della Cassazione di Roma a Sezioni riunite 12 giugno 1894, tre pregevolissimi scritti sono stati pubblicati intorno alla questione, da L. COVIELLO (*Giur. ital.*, 1894, I, 786-796), da G. CLAPS (*Ivi*, IV, 257-280) e da FILOMUSI-GUELFI (*Foro ital.*, 1895, 77-90). Da questi tre scritti si raccoglie una trattazione completa della quistione sotto tutti i suoi aspetti, e nei due ultimi segnatamente sotto l'aspetto dei precedenti storico-dottrinali, ma non sono concordi quei tre giuristi nelle premesse e nelle conclusioni loro. Il COVIELLO, mentre nega che la

Cassazione potesse decidere la questione, come questione di mera interpretazione della volontà del testatore, accetta la tesi della Cassazione romana per ragioni prettamente giuridiche; la restringe però al solo caso della premorienza dell'istituito, negandola nel caso della rinuncia di questo alla successione. Il Filomusi-Guelfi nega invece la tesi della Cassazione romana nella generalità sua, l'ammette soltanto rispetto alla sostituzione pupillare, e opina che tale appunto era il caso deciso da quella Cassazione nella sentenza 12 giugno 1894, sicchè quella decisione fu giusta, ma non in virtù della generale dottrina professata dalla Corte. Il Claps pure censura e rifiuta del pari questa dottrina generale. Sicchè, in conclusione, dei tre ricordati giuristi uno accetta limitatamente, e per altri motivi, la tesi generale della Cassazione romana, ma non ne accetta la decisione particolare, un altro accetta questa decisione, ma ripudia la tesi che vi conduce, e il terzo ripudia tesi e decisione.

Che in questo stato di cose la questione rimanga aperta nel campo della scienza, e che ogni giurista debba riproporsela, e tentarne la soluzione per conto proprio, facendo tesoro bensì dei materiali e degli insegnamenti forniti dai predecessori, non è dubbio. Ed ecco ora l'opinione e le ragioni mie molto sommessamente presentate agli studiosi, e anzitutto ai tre valenti giuristi surricordati, i quali mi hanno spianato la strada, e dei cui studi accuratissimi io ho fatto principalmente mio pro. E appunto perchè già tanto è stato scritto ultimamente in Italia su tale argomento, io credo di potere dispensarmi dal riprendere la questione *ab ovo*, e addirittura entrare *in medias res*.

Considero, per prima cosa, di quale indole sia propriamente la questione.

La Cassazione romana, nelle due sentenze del 1894, la reputò questione di interpretazione della volontà del testatore, e questo è anche il mio avviso. Lo stesso ebbe a dichiarare anche la Cassazione di Bruxelles in una sentenza 3 marzo 1853 (v. Beltjes, *Le Code civile annoté*, Liège, 1892, vol. II, pag. 178). Il Coviello lo nega, e gli altri scrittori dopo di lui non si pronunziano chiaramente in proposito. Io sono dell'avviso delle Cassazioni di Roma e di Bruxelles. Quale questione sarebbe quella infatti, se non fosse d'interpretazione del testamento? Questione di puro diritto? Ma le norme giuriche, in virtù delle quali si vuol dare ad una data

categoria di disposizioni testamentarie piuttosto un aspetto ed un effetto che un altro, non possono appunto essere che norme di interpretazione della volontà del testatore. Solo quando si tratti di definire se una data disposizione testamentaria sia *valida* o no, la questione è di puro diritto, e i canoni giuridici invocati non sono canoni di interpretazione, ma bensì precetti imposti all'osservanza del testatore; ma quando non della *validità* della disposizione testamentaria si discute, sibbene *dell'effetto suo*, e propriamente del maggiore o minore effetto, se canoni giuridici si possono invocare, questi non possono essere che canoni interpretativi del testamento; canoni generali bensì, che racchiudono un numero indefinito di interpretazioni e di decisioni parziali, che altrimenti dovrebbe il giudice fare di caso in caso.

E ciò posto, cade la tesi che la Cassazione non possa pronunciarsi intorno alla questione in discorso, soltanto perchè sia questione di mero fatto, cioè di interpretazione del testamento. Cade cioè questa tesi, se, come appunto fece la Cassazione romana, i giudici del diritto affermano o negano in un dato caso speciale che la sostituzione volgare sia inclusa nella fedecommissaria, non già interpretando un singolo testamento, ma dipartendosi dal canone giuridico generale che in ogni sostituzione fedecommissaria la volgare sia inclusa, o non sia. Il canone è giuridico, solo perchè è generale, benchè sia concernente una figura di fatto. O non sono tali per la massima parte i canoni giuridici? *Ius oritur ex facto* non significa soltanto che il fatto è occasione alla regola giuridica, ma altresì che il più delle volte il diritto si adatta al fatto e ne è significato e ragione. L'essenziale si è, lo ripeto, che il fatto, il testamento, per esempio, venga interpretato per mezzo di un canone generale a tutti i fatti consimili, perchè allora si ha in pari tempo interpretazione di un fatto e applicazione di un canone giuridico generale. E sono in realtà canoni di tal genere quelli invocati dai fautori e dagli avversari della dottrina della Cassazione romana. Gli uni affermano, gli altri negano che si applichi alla sostituzione fedecommissaria, ciò che vale per la sostituzione pupillare e per la compendiosa affermando o negando che la prima abbia affinità colla seconda; ma gli uni e gli altri discutono intorno all'applicazione di canoni giuridici, che per essere scritti nel diritto romano, o tradizionali nella giurisprudenza, non cessano di dovere la loro origine prima

ad una interpretazione della volontà del testatore, e in quella stessa applicazione vanno facendo confronti, che si risolvono pure in interpretazione di tal genere. Il Coviello, molto ingegnosamente, porta la questione sul terreno della convalescenza di fatto della sostituzione, in seguito all'inutilità dell'istituzione, ma egli pure, senza accorgersene, interpreta la volontà del testatore, perchè sarebbe assurdo pensare che un tale espediente, e quasi manipolazione, potesse produrre un effetto che al testatore si imponesse, senza che egli lo avesse, almeno implicitamente, voluto.

Anche il Filomusi-Guelfi è in sostanza del mio avviso, benchè egli non abbia avuto occasione di definire l'indole della questione, là dove obbietta al Coviello " che la Cassazione può benissimo decidere, se siano stati disconosciuti i canoni logici dell'interpretazione del testamento ".

È poi specioso l'argomento del Coviello che la Cassazione romana sia venuta stabilendo, di suo arbitrio, una presunzione, che la legge sola può stabilire (art. 1356, Cod. civ.). Ciò è vero soltanto per le presunzioni *juris et de jure*, ma non già per le presunzioni *hominis* soltanto. Rispetto a queste ultime l'art. 1349 lascia pienamente libero il giudice, il quale se in un singolo caso desume un fatto ignoto dal noto, esaminando le peculiari circostanze del caso, fa un semplice giudizio *di fatto*; se, invece, ad una intera categoria di fatti, come sarebbero, p. es., le sostituzioni fedecommissarie, atteso il comune e astratto tipo di questi fatti, attribuisce un dato significato, pone un canone giuridico generale, dal quale poi dedurrà tante singole decisioni, di fatto e di diritto ad un tempo.

Considerata come questione di interpretazione della volontà del testatore, quella di cui vado parlando, e in pari tempo come questione *giuridica*, in quanto quell'interpretazione si discute, considerando non un atto giuridico singolo, ma un tipo astratto di giuridico atto, io non esito a dichiararmi della opinione della Cassazione di Roma. Sono anch'io di avviso cioè che la sostituzione fedecommissaria implica di sua natura sempre la sostituzione volgare, tanto se l'istituto sia premorto al testatore, quanto se gli abbia sopravissuto e abbia rinunciato alla eredità. E noto qui subito che anch'io, come Claps e Filomusi-Guelfi, non trovo ammissibile la distinzione fatta da L. Coviello fra quei due casi, e la esclusione del secondo. Imperocchè non mi pare giusto l'argomento di Co-

VIELLO, che alla morte del testatore il diritto del sostituito sia subito tolto di mezzo dalla legge, sicchè non possa più rivivere in nessun modo. La legge abolisce, è vero, il diritto del sostituito, ma soltanto come sostituzione, cioè soltanto perchè ed in quanto dovrebbe farsi valere dopo quello dell'istituto; or se questo diritto non esiste più, e propriamente si ha come non avesse mai esistito, per virtù di rinuncia, vien meno manifestamente fino *ab initio* anche l'ipotesi e la ragione in cui e per cui il diritto del sostituito era stato tolto di mezzo dalla legge, e sorge la stessa questione circa l'intenzione del testatore rispetto al diritto del sostituito, in seguito alla rinuncia dell'istituito, come in seguito alla premorienza di questo.

In due modi io credo potersi propugnare la inclusione della sostituzione volgare in ogni sostituzione fedecommissaria:

a) con argomenti razionali;

b) con argomenti di autorità, i quali si risolvono anch'essi in argomenti razionali, ma sono in pari tempo e anzitutto inconcussi e tradizionali dettati della scienza del diritto, sia nella *subiecta materia,* sia in argomenti affini.

La ragione dapprima suffraga, a mio credere, validamente la tesi della Cassazione romana.

Il testatore ha voluto che il suo lascito appartenesse dapprima a Tizio, e, dopo la morte di Tizio, a Caio; la legge invece non tollera che Caio abbia il lascito dopo Tizio, cioè non ammette che l'istituito al lascito, e ne esclude il sostituito. Sono due volontà in conflitto: quella del testatore e quella del legislatore. Si rifletta bene anzitutto al significato di codesto fatto. Suolsi infatti discutere e variamente ragionare fra gli scrittori succitati intorno alla probabile intenzione del testatore, che ha conservato il suo testamento dopo la premorienza dell'istituito, ove egli abbia saputo di detta premorienza, e avuto il tempo di modificare il proprio testamento. Per me quel fatto non significa e non può altro significare fuorchè l'ignoranza in cui era il testatore del disposto della legge. Qui più d'uno inarcherà le ciglia, ma abbia pazienza. Io dichiaro francamente di non potere accettare il solito canone che l'ignoranza della legge non si deve mai supporre. Questo canone è vero soltanto nel senso che tale supposizione non può mai giovare, cioè, non può mai salvare nessuno dalle conseguenze giuridiche del suo fatto, nè per via di eccezione, nè per via di *resti-*

tutio in integrum; ma in questo senso adoperata quella tesi è impropria. Assunta l'ignoranza della legge come un semplice fatto, pare a me che il non volerla supporre quando un atto umano non si può altrimenti interpretare, sia far violenza al fatto, e porre arbitrari limiti all'interpretazione del fatto. Ora io ripeto che, a meno di supporre il testatore demente, e fare pericolare il testamento per questo titolo, non si può ammettere che egli abbia voluto fare una sostituzione fedecommissaria, sapendo che la legge l'ha per non scritta. Devesi invece ritenere che il testatore si è precisamente per ignoranza di diritto proposto ciò che la legge non permette che sia, onde vi ha davvero conflitto fra il testamento e la legge, ma conflitto non supposto e non voluto dal testatore. Come si risolve questo conflitto?

Certamente esso deve risolversi col far prevalere la legge alla volontà del testatore, ma siccome questa volontà non è punto problematica e discutibile, perchè è tal quale il testatore l'ha enunciata espressamente, senza curarsi della diversa e ignorata volontà del legislatore, ne consegue che la seconda, prevalendo alla prima, deve lasciare sussistere e accadere di questa ciò che in pari tempo è essenziale per questa, e compatibile con quella. Ora che cosa ha in sostanza voluto il testatore coll'ordinare l'istituzione e la sostituzione?

Egli ha in sostanza voluto che ambedue gli onorati avessero il possesso e il godimento dell'intiera eredità. Come nel medesimo tempo due persone non possono possedere in solido la medesima cosa, il testatore, che aveva quella mira, non poteva raggiungerla altrimenti che chiamando all'eredità successivamente le due persone, cioè prima l'una e poi l'altra. È questa per me, e non altra, la genesi e il significato della sostituzione fedecommissaria nel pensiero del testatore.

Da questa premessa egli è facile desumere le logiche conseguenze. L'opposizione fra il testamento e la legge si riduce manifestamente a questi termini: il testatore vuole che due persone abbiano separatamente e successivamente l'intiero possesso dell'eredità, e la legge esige invece che l'abbia una persona sola. La soluzione del conflitto fra la volontà del testatore, e quella della legge non può consistere in altro nè in più, che nel dare l'eredità a quella qualunque di quelle due persone, che alla morte del testatore si troverà *prima* in grado di raccoglierla. *Quella qualunque*, poichè il volere

della legge è soltanto che l'eredità passi al successore immediato del testatore, e il volere del testatore è lo stesso per le due persone da lui chiamate successivamente, e benchè successivamente, cioè che ognuna di esse abbia l'intiera eredità. Questa volontà viene bensì dimezzata dalla legge quando, per la sopravvivenza dell'istituito e del sostituito al testatore, essa trovasi in conflitto col testamento, ma nella metà, in cui essa è rispettata in questo caso dalla legge, la volontà del testatore non è affatto snaturata, perchè il testatore ha voluto la stessa cosa per l'istituito e per il sostituito, e, come ho già detto, non ebbe a ordinare la sostituzione se non appunto per fare avere a due persone lo stesso beneficio, cioè il possesso e il godimento intiero dell'eredità.

Or se ciò è vero quando il conflitto si verifica fra il testamento e la legge per la sopravvivenza dei due chiamati al testatore, egli è facile comprendere ciò che si debba dire allorquando quel conflitto non si verifica, per causa della premorienza dell'istituito al testatore, o di rinunzia dell'istituito sopravvissuto.

Poichè nella volontà del testatore, come ho detto e ripetuto sopra, l'essenziale non è tanto che il lascito sia posseduto dal primo onorato, affinchè dopo di questo lo abbia il secondo, e che sia posseduto dal secondo onorato, perchè prima di lui lo ebbe il primo, quanto piuttosto che l'intiero lascito sia dalle due persone posseduto e goduto per intiero, ne consegue che, ove la successione della prima persona designata sia diventata impossibile o per premorienza o per rinunzia, debba farsi luogo alla successione della seconda affinchè la volontà del testatore sia intesa e rispettata secondo il suo vero significato, in quella parte in cui ciò rimane possibile, perchè questa parte il testatore l'ha voluta al pari dell'altra che è mancata, e perchè è anche più proprio il dire che il testatore ebbe due volontà eguali per ciascuno dei due chiamati, di quello che attribuirgli una volontà sola, dimezzata o dalla legge in caso di conflitto fra questa e il testamento, o da fatti indipendenti dal testatore e dalla legge, in caso di premorienza o di rinuncia dell'istituito.

Io direi anzi che, se due volontà si possono ravvisare nella istituzione del fedecommesso, la seconda, quella concernente il sostituito, è quasi a reputarsi stesse più a cuore al testatore della prima, concernente l'istituito, attesochè nel sostituito deve il lascito riposare e rimanere oggetto di libera disposizione. Ad ogni

modo io affermo senza esitazione che, se non è uno snaturare l'intenzione del testatore, il dare, come fa la legge, la eredità al primo istituito, disconoscendo la sostituzione, neppure lo è il dare la eredità al sostituito, non tenendo conto della mancata successione dell'istituito, ove questi sia premorto od abbia rinunziato. Ed anche aggiungo che, supponendo la prima cosa manifestamente la possibilità di considerare ciascheduna a parte, e come di per sè stante, la istituzione e la sostituzione, ragion vuole che, poichè l'istituzione soltanto è rispettata dalla legge, quando sarebbe possibile anche la sostituzione, debbasi rispettare la sostituzione, quando questa è rimasta sola possibile. Ragion vuole, confortata validamente dalla stessa opinione, manifestata dal legislatore circa la possibilità di considerare ambedue le istituzioni come aventi ragion d'essere ciascuna per sè, cioè come ambedue *principali* nella mente del testatore.

Vengo ora agli argomenti di *autorità*.

La giurisprudenza francese è quasi tutta favorevole alla tesi della Cassazione romana. Sono cioè quasi tutti concordi anche i giureconsulti francesi nel ritenere che il testatore, il quale ha ordinato una sostituzione fede-commissaria, ha inteso che, facendo difetto la successione dell'istituito, sia per premorienza, sia per rinuncia di questo, debba raccogliere l'eredità il sostituito. Si sono dette molte cose onde scemare il peso di questa autorità, ma erronee a mio credere. Si è detto che i francesi hanno subìto l'influenza del loro antico diritto consuetudinario, anzichè la tradizione dell'ordinanza del 1727, che seguiva la contraria opinione, e anche si è detto che essi hanno voluto attenuare il rigore del *Code civil*, il quale, come è noto, non soltanto annulla la sostituzione fedecommissaria, ma anche la istituzione precedente (art. 896). Al che io rispondo essere gratuita la prima asserzione, e sofistica la seconda. La prima cosa non ha bisogno di dimostrazione, e la seconda è molto facile a dimostrarsi. Imperocchè, se si comprende come in un medesimo caso il giudice si adoperi a interpretare in modo favorevole la legge sotto un certo rispetto, onde compensare l'interpretazione meno favorevole, ma inevitabile, sotto un altro rispetto, non si comprende invece affatto come la interpretazione più favorevole in un caso dato possa compensare quella più rigorosa in un caso affatto diverso, come cioè lo ammettere la sostituzione volgare, quando sia venuta meno la istituzione fedecom-

missaria, possa essere un compenso della immolazione di entrambe, istituzione e sostituzione, quando la istituzione potrebbe aver luogo se la legge non vi si opponesse. Io sono invece dell'avviso del Coviello che, se i giureconsulti francesi ammettono la sostituzione volgare, venuta meno la istituzione fedecommissaria, non ostante la tanto maggiore ostilità del diritto francese contro il fedecommesso, più facilmente possono avere quella opinione i giureconsulti italiani, il cui diritto positivo è tanto meno ostile del francese al fedecommesso.

Anteriormente al *Code civil* l'inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, o la cosidetta sostituzione volgare anomala, era da gran tempo ammessa nella giurisprudenza del diritto comune, e certamente non per altro motivo, se non perchè si credeva basarla sulla retta interpretazione della volontà del testatore. Il De Luca la insegnò apertamente, come avvertono i tre scrittori italiani ultimi citati sopra. E non si spiega altrimenti, se non perchè era dottrina prevalente, l'avere pure statuito quel canone il Codice civile austriaco (§ 608). E poscia, per lo stesso motivo, quella dottrina venne accolta dalle LL. CC. delle Due Sicilie (art. 936), e dal Codice parmense (art. 674).

Anteriormente al De Luca la dottrina in questione, o, meglio, interpretazione della sostituzione fede commissaria, si venne facendo strada nella giurisprudenza a misura che nella interpretazione del diritto romano si venne facendo strada la autorità della ragione al di là di quella del testo. In realtà la più razionale interpretazione del testo romano autorizzava non solo, ma consigliava di interpretare in quel modo la sostituzione fedecommissaria. E questo punto vuole anzitutto essere posto in chiaro.

È noto che nessun passo delle Pandette, nè del Codice, nè delle Novelle suffraga apertamente la tesi proclamata dalla Cassazione romana. Ma ciò si spiega al riflettere che, come tutti sanno, nel giure delle Pandette il concetto della sostituzione fedecommissaria non era quello di due eredità successive, poichè il solo fiduciario era erede. Ma in un'altra sostituzione, in cui la duplicità di successioni consecutive è certa, nella sostituzione pupillare è detto espressamente nel testo che, venuta meno la prima istituzione, si fa luogo alla seconda. Dice la l. 4. D. *de vulg. et pup. subst.: jam hoc jure utimur, ex Divi Marci et Veri constitutionibus, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum*

substitutio intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit. Sul qual punto erasi prima discusso assai dai giuristi romani, come il FILOMUSI-GUELFI osserva (l. c., p. 30), citando Cicerone e Quintiliano. Ora per qual ragione, se non perchè paresse la più razionale interpretazione del testamento, prevalse fra i Romani la tesi che la sostituzione *alternativa* volgare fosse inclusa nella *successiva* pupillare? E ciò essendo, non era ella natural cosa lo estendere, coll'autorità del diritto romano, la stessa interpretazione anche alla sostituzione fedecommissaria, dopochè questa aveva assunto un carattere, che presso i Romani non aveva, quello cioè di duplice *successiva* istituzione d'erede? In nulla davvero differisce la figura giuridica della sostituzione pupillare da quella della sostituzione fedecommissaria; la prima non è che una specie della seconda, onde è positivo nella giurisprudenza nostra che la prima, benchè non menzionata affatto dal Codice civile italiano, è non ostante a ritenersi compresa nel generale divieto che questo Codice fa della seconda. Eppure ci volle non poco tempo prima che una tale interpretazione estensiva, perfettamente razionale, di ciò che il testo romano afferma in un dato caso, ad un altro caso, che esso non contempla, ma che è perfettamente analogo al primo, si permettessero i romanisti. E qui chiedo venia al mio illustre amico prof. FILOMUSI-GUELFI, di dirgli che io non trovo modo di spiegarmi come egli ammetta anche oggi la sostituzione volgare inclusa nella pupillare, mentre la nega nella fedecommissaria, della quale, ripeto, la prima non è che una specie.

In realtà il primo passo, che fece l'interpretazione del diritto romano nella via di generalizzare l'interpretazione che quello aveva fatto della sostituzione pupillare, fu di riconoscere la sostituzione volgare implicita nella cosiddetta *compendiosa*, intendendosi per questa una sostituzione in cui il sostituito è chiamato pel caso di premorienza in generale dell'istituito, senza distinguere fra premorienza dopo essere diventato erede, o prima ancora della morte del testatore. Veramente l'intendere indifferentemente la sostituzione fedecommissaria e la volgare, quando il testatore non ha espresso chiaramente nè l'una nè l'altra, può parere più ardita cosa, che non il semplice supporre implicita la sostituzione volgare nella fedecommissaria espressa, sopratutto per ciò che riguarda la supposizione della volontà di ordinare un fedecommesso in chi nol dice; ma in tempi, nei quali la sostituzione fedecom-

missaria non reputavasi, come oggi, successione eccezionale, quella arditezza non era poi troppa. E in quest'ordine d'idee la detta interpretazione della volontà del testatore era certamente la più ragionevole. Tanto più devesi ciò dire per allora, al pensare che ancora oggi vi ha chi pensa che la sostituzione compendiosa dovrebbesi interpretare come fedecommissaria o come volgare, secondo le circostanze. Ciò pensa, p. e., il CLAPS (l. c.), e ciò ebbe a dichiarare la Cassazione di Roma 27 novembre 1877, mentre non fu di questo avviso la Cassazione di Torino.

Cotale interpretazione della sostituzione compendiosa prevalse nella giurisprudenza, bensì non in tutti i casi. Ed è curioso ciò che racconta FILOMUSI-GUELFI (loc. cit. e *L'usufrutto successivo e la sostituzione fedecommissaria*, *Giurisprudenza italiana*, 1878, pagina IV) della distinzione fatta fra la sostituzione concepita nei termini: *si Titius heres institutus quandocunque decesserit sine liberis, substituo Sempronium*, e quella *si Titius heres sine liberis*, ecc., reputandosi da taluni inclusa la volgare nella fedecommissaria nella prima formula, e non nella seconda. È egli però vero, come osserva FILOMUSI-GUELFI, che questa ed altre distinzioni dimostrino che pei giureconsulti degli scorsi secoli la questione era di volontà, cioè di interpretazione della volontà del testatore? A questa domanda risponderò fra poco.

Dalla inclusione di entrambe le sostituzioni, volgare e fedecommissaria, nella compendiosa, alla inclusione della volgare nella fedecommissaria, sembra che il passo avrebbe dovuto essere facile. Ma in realtà non lo fu, e non lo poteva essere. Ciò perchè la dottrina della sostituzione compendiosa, se fu atto di indipendenza della giurisprudenza moderna dal testo letterale romano, non fu però, come dissi pensare il FILOMUSI-GUELFI, libera interpretazione della volontà del testatore. Fu interpretazione invece meramente *letterale* del testamento così concepito: *quandocumque heres institutus decesserit*, poichè manifestamente il *quandocunque*, nel suo letterale significato, abbraccia la morte dell'erede prima e dopo quella del testatore. È invece interpretazione *logica* del testamento, cioè della volontà del testatore, il desumere da parole che designano propriamente la sola sostituzione fedecommissaria, anche la volgare, quando quella venga meno per premorienza o rinunzia dell'istituito. E così, differendo d'indole affatto codesta interpretazione da quella che aveva condotto alla dottrina della sostituzione com-

pendiosa, comprendesi facilmente come il passare da questa a quella non potesse essere facile cosa nè pronta.

E ancora più lo si comprende al pensare che la stessa dottrina della inclusione della sostituzione volgare nella pupillare, ad onta della l. 4, D. *de vulg. et pup. subsit.*, si fece strada bensì e prevalse, come dissi, nella giurisprudenza intermedia, cioè nei secondi Glossatori e nella giurisprudenza del gius comune, ma non senza che non pochi vi abbiano sempre resistito. E ciò si comprende riflettendo, oltre che alla timidità dei giureconsulti nell'aggiungere o togliere, con criterio proprio, qualcosa al testo romano, anche alla circostanza che questo diritto non contiene esempi di sostituzione fedecommissaria trasformata in volgare, fuorchè nel testamento del soldato (l. 13, § 4, D. *De testam. mil.*). Quantunque potrebbe, a dir vero, almeno oggi, parere che non si fosse dovuto tardare a ravvisare in questa trasformazione tutt'altro che una impossibilità giuridica assoluta, appunto perchè, sia pure in un esempio unico, lo stesso gius romano aveva dato a divedere di non riputarla propriamente tale.

Se ed in quanto a Bartolo si possa far risalire il primo e più remoto impulso alla dottrina in quistione, come già opinò il De Luca, e oggi sostiene il Claps (l. c.), io non voglio qui ricercare. Certo si è che da Bartolo al cardinal De Luca molto tempo è trascorso, e che non ce ne volle meno perchè la dottrina, oggi ripetuta dalla Cassazione romana, si assidesse definitivamente nella persuasione dei giureconsulti. Come ho già notato sopra, e per comune consenso di quanti recentemente ne scrissero, dal De Luca in poi, quella dottrina non ebbe che pochi contradittori fino alle codificazioni civili nuove, e da parecchie di queste, e per avventura da due fra le principali, l'austriaca e la napoletana, fu accolta e confermata. E non solo la grande autorità del De Luca e di molti altri giureconsulti vi contribuì, ma altresì, e più ancora, quella della Rota Romana. Del quale risultato la vera causa non è stata, come ho già detto sopra, nè poteva essere altra se non la persuasione della ragionevolezza di interpretare in tal guisa il fatto in questione, cioè il testamento che ordina un fedecommesso. Adoperarono sempre, e ancora adoperano i fautori di tal dottrina anche a mettersi, per così dire, in regola, coi testi romani, locchè è, come notai, molto più facile per essi che pei loro avversari, ma il primo impulso a tentativi siffatti, a leggere cioè in quei testi

più di quello che vi è scritto, non è altro in questo caso, come in tutti i casi consimili, se non quella stessa anteriore e spontanea e libera persuasione di ciò che devesi ritenere come più ragionevole, e cioè, nella materia in quistione, di ciò che devesi ragionevolmente interpretare come intenzione del testatore.

Per quella stessa lentezza però con cui quel risultato si venne maturando e consolidando nella giurisprudenza moderna, anteriore ai nuovi Codici civili, è tanto più autorevole la testimonianza della storia in suo favore. Chi oggi afferma che la retta interpretazione del testamento in cui è istituito un fedecommesso, conduce all'inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, può con tanto maggior sicurezza affermarlo, perchè può con fondamento asserire che tanto l'essere la quistione di mero fatto, quanto il doverlasi in quel modo risolvere, costituiscono una dottrina che, balenata dapprima alla mente dei giureconsulti romani, si è venuta poi consolidando nella moderna giurisprudenza in virtù di una razionale interpretazione della volontà del testatore.

Egli è però vero, in tesi generale, che la volontà del testatore non può prevalere ad una contraria disposizione di legge, e che come il legislatore tolse vigore alla sostituzione fede-commissaria, così avrebbe potuto non permettere neppure che questa potesse trasformarsi in volgare, venendo meno la istituzione. Che veramente la legge italiana siffatta trasformazione non consenta, alcuni giuristi opinano, e i loro argomenti debbono ora venir da me presi in attenta considerazione.

Un argomento non propriamente giuridico si vuol desumere dalla genesi dell'art. 900 del Codice civile italiano.

L'art. 880 del Codice albertino alle parole *sostituzioni di primo grado*, che si trovano anche nell'art. 900 del Codice civile italiano, e colle quali quest'articolo finisce, aggiunge: “ *compresa la volgare, la quale in questo caso non si avrà per sottintesa nella fedecommissaria* „. Questa aggiunta venne ripetuta nel progetto Cassinis del Codice civile italiano del 1860, ma venne poi surrogata con una dichiarazione contraria dalla Commissione ministeriale del 1861, seguendo, pare al Claps (l. c.), un suggerimento della Corte dappello di Milano; le parole sostituite furono: *la quale (sost. volg.) in tale caso si avrà per sottintesa nella fedecommissaria*. Successivamente il progetto Miglietti del 1862 eliminò la clausola finale della Commissione ministeriale, ma neppure ripristinò quella op-

posta del progetto Cassinis e del Codice albertino, e finì l'articolo colle parole *sostituzioni anche di primo grado*, le quali rimasero a chiudere l'art. 900 del progetto definitivo, che diventò il Codice civile italiano del 1865. Ora da questa genesi dell'art. 900, e propriamente dalla clausola finale di questo articolo, parecchi inferiscono che il legislatore italiano diede a divedere di non intendere che, annullata la sostituzione fedecommissaria, il sostituito possa continuare a riputarsi tale volgarmente.

A mio avviso questa argomentazione mi sembra inconcludente, sia per l'indole sua, sia per il suo intrinseco valore.

In tesi generale non può non attribuirsi molto valore ai motivi o alla genesi di una legge, nello interpretarla, ma non mai valore decisivo, soltanto valore amminicolare, che si aggiunge a quello degli argomenti desunti dalla razionale interpretazione, ma non può tenerne luogo nè vincerlo. Nel caso in quistione poi non mi pare affatto che la genesi dell'art. 900 suffraghi menomamente l'interpretazione contraria alla sostituzione volgare anomala. Imperocchè l'essere stato tolto, il non essere stato ripetuto nel Codice civile italiano, ciò che era detto nel progetto Miglietti, non può certamente significare senz'altro volersi intendere ciò che prima era stato scritto nel progetto Cassinis. Tanto meno ciò si può supporre, al riflettere che nello stesso art. 880 del Codice albertino le parole surriferite furono aggiunte al progetto che non le conteneva, appunto perchè il Senato di Piemonte le consigliò, avvertendo che altrimenti non le si sarebbero potuto sottintendere. Anche questo precedente fa parte della genesi dell'art. 900 del Codice civile italiano. Onde io concludo che, prendendo in considerazione codesta genesi fin dal vero suo principio, tutto ciò che, in ordine alla questione in discorso può ragionevolmente desumersene, si è che coll'avere dall'art. 900 del Codice civile italiano eliminato la frase ultima del corrispondente articolo formulato e proposto dalla Commissione ministeriale che studiò il progetto Miglietti, il legislatore italiano ha rimesso la questione dell'inclusione della sostituzione volgare nella fedecommissaria, nei termini stessi in cui essa trovavasi prima della definitiva redazione del Codice albertino, cioè quando nel progetto di questo Codice stava scritto un articolo 186 identico all'attuale art. 900 italiano. Nei quali termini posta, la questione rimaneva aperta, a giudizio dello stesso Senato di Piemonte, cioè rimaneva

quistione scientifica da risolversi liberamente dalla giurisprudenza. E tale essa è rimasta per lo stesso motivo fino al presente.

Obbietti propriamente giuridici contro la tesi adottata dalla Cassazione romana, e da me propugnata, sono i seguenti; I) l'inseparabilità della successione del sostituito dalla precedenza di quella dell'istituito; II) l'inconciliabilità di una qualunque efficacia che si voglia dare alla sostituzione, colla nullità di questa, pronunciata dalla legge; III) il canone *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.*

ad I) La necessaria precedenza della successione dell'istituito a quella del sostituito può essere e viene rappresentata in due modi: come presunta volontà del testatore, e come canone giuridico intorno alla natura del fedecommesso. Dal primo punto di vista io ho già risposto sopra agli avversari della tesi che vado propugnando, la vera intenzione del testatore nel fedecommesso essere pieno godimento della eredità in entrambi coloro che vi furono chiamati, il quale godimento non si può appunto ottenere, se non chiamando all'eredità successivamente l'istituito e il sostituito, sicchè questa successione di persone non è che un mezzo al detto fine voluto dal testatore. Dal secondo punto di vista io osservo, che le discussioni dei giuristi intorno all'indole del rapporto intercedente fra la sostituzione e la istituzione, cioè intorno alla *costruzione giuridica* della sostituzione fedecommissaria, hanno importanza secondaria di fronte a quelle intorno alla intenzione del testatore circa l'efficacia della sua disposizione. Si discute infatti se le due istituzioni, prima e seconda, siano entrambe principali, o no, se il sostituito succeda all'istituito o al testatore, se la istituzione sia una condizione della sostituzione, o se siano entrambe istituzioni a termine, *ad quem, a quo*, o se nella sostituzione concorrano la condizione e il termine. E il Filomusi-Guelfi (l. c.) riassume dottamente lo stato attuale della scienza su tale proposito. Ma tutte queste quistioni e discussioni, mentre in ultima analisi hanno per oggetto anch'esse la volontà del testatore, non toccano però la sostanza di questa, che ne rimane impregiudicata, ed è sempre la stessa, qualunque sia il risultato di quelle. Mi spiego. È un interpretare la volontà del testatore anche il ricercare se, ordinando la sostituzione, egli abbia inteso o no di attribuire al sostituito un diritto condizionato fin dalla morte sua, ma, qualunque sia la conclusione, a cui si venga, affermativa o nega-

tiva, egli è e rimane sempre vero che ciò che *sostanzialmente* il testatore ha voluto, ciò di cui egli si è reso chiaro conto, ed ha pur chiaramente dato a divedere di volere nel suo testamento, è il godimento di tutta la sua eredità per parte dei due chiamati alla medesima. La quale sostanziale volontà del testatore è manifestamente, come ho già detto, che ciascuno di quei due abbia tutta l'eredità separatamente dall'altro. Dal che viene, come pure già ho detto, che, non potendola o non volendola avere il primo, indipendentemente affatto dalla volontà del testatore, la debba avere il secondo affinchè quella volontà riceva tutta la sua possibile esecuzione.

ad II) È verissimo in tesi astratta che non si può dare nessun effetto alla sostituzione, che la legge vieta ed annulla (art. 899-900). Ma di qui non viene valida obbiezione alla tesi che io vado propugnando. La legge vieta e annulla la sostituzione, quando questa si trovi per così dire, in presenza dell'istituzione, cioè quando alla morte del testatore esistano l'istituto e il sostituto. Ma quando ciò non si verifica, perchè l'istituto è premorto al testatore, oppure, quantunque, sopravvissuto, si ha per non mai esistito, in sèguito a rinunzia, quel divieto e quello annullamento, comminati dalla legge, non possono avere più luogo, per il noto canone: *cessante legis ratione, cessat et juris dispositio.* E vi ha di più; verificandosi l'una o l'altra di quelle due eventualità, non è più luogo neppure a parlare di sostituzione. Rimane soltanto una disposizione testamentaria a favore di colui che il testatore avrebbe voluto sostituire, ma che non può più esserlo, e questa disposizione, a cui non è possibile applicare la legge degli art. 899-900, rimane una semplice dichiarazione di volontà testamentaria, alla quale si deve dare o negare valore secondo il modo in cui la si interpreti nel caso in cui l'istituzione sia mancata. A questa interpretazione i citati articoli non possono fare ostacolo, per la ragione che non si possono applicare al caso che dà occasione alla interpretazione medesima.

ad III) L'obbietto desunto dal canone *quod ab initio vitiosum*, ecc., è stato specialmente rivolto contro un argomento adoperato dallo ingegnoso L. Coviello, a favore della tesi generale della Cassazione romana. Egli disse: " se il mutamento di legge al tempo della morte del testatore ha efficacia per ciò che riguarda il contenuto del testamento, è necessario conchiudere che

eguale efficacia debba avere il cambiamento delle circostanze di fatto regolate dalla legge rimasta immutata „ (l. c., col. 790-791). Quando cioè l'istituito è premorto al testatore, non è maggiormente, secondo L. Coviello, da reputarsi invalida la sostituzione di quello che se, quando il testatore morì, l'art. 890 del Codice civile si trovasse abolito. A questo ragionamento obbiettarono altri, e segnatamente il Claps (l. c.), argomentando dalla regola catoniana: *quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (l. 1 p., D. *de reg. cat.*). A mio avviso il Coviello ha male invocato il canone della *convalescenza* materiale dei negozi giuridici nel caso che aveva di mira, e il Claps ed altri dal canto loro poco assegnamento possono fare contro il Coviello sulla regola catoniana. Questa regola infatti contempla le *inutili* disposizioni testamentarie, ma tanto l'*inutile legatum*, come anche l'*inutilis stipulatio*, non sono affatto disposizioni *nulle* giuridicamente, ma bensì disposizioni, che per motivi di fatto mancano di oggetto, e perciò inutili si dicono (V. l. 84, § 5, D. *de leg.*, I, l. 82 pr., D. *de leg.*, II, l. 11, D. *de liber leg.*, l. 65, D. *ad leg. falc.*, l. 79, § 3, D. *de cond.*, l. 34, § 2, D. *de fid. libert.*, l. 6, D. *de bon. poss. sec. tab.*, l. 25, § 6, D. *de hered. pet.*, l. 97, D. *de adquir. vel om. her.*, l. 1, § 3, D. *de tab. exhib.*). Or se questa regola valga nel diritto odierno, come valeva in diritto romano, è discutibile assai, o se invece nel diritto odierno non sia regola la convalescenza materiale del testamento per mutate condizioni di fatto, generalizzando la presunzione del *collatum in tempore mortis*, da cui lo stesso Claps osserva, citando l'Averanio, che il diritto romano desumeva non poche eccezioni alla regola catoniana. Checchè però si pensi in proposito, certo egli è che nei casi avuti di mira dal Coviello non si può affatto immaginare una convalescenza della disposizione testamentaria che ordina un fedecommesso, per mutate circostanze di fatto alla morte del testatore. Imperocchè, lo ammettere che, venendo meno l'istituzione fedecommissaria, o per premorienza o per rinunzia dell'istituito, il sostituito fedecommissariamente diventi sostituito volgarmente, non è già tener ferma la disposizione originaria, per mutate circostanze di fatto, ma è un trasformarla; non è un convalidarla tal quale è stata fatta, ma semplicemente un darle efficacia parziale, poichè non si può più dargliela totale. E questa tesi non si può sostenere se non in

nome della interpretata volontà del testatore, come del resto anche la tesi della convalescenza materiale dei testamenti per mutate circostanze di fatto alla morte del testatore, nei casi in cui essa è ammissibile.

E così, la dottrina della Cassazione romana pare a me fondata e sicura appieno, sia che nella scienza la si consideri, sia che nella storia e nella tradizione giuridica, dai Romani in poi. Essa riposa, anche a mio parere, sulla più retta interpretazione della volontà del testatore, che ordinò una sostituzione fedecommissaria dalla legge vietata e annullata.

Purificazione delle condizioni apposte alla vocazione fedecommissaria nei fedecommessi aboliti.

Molto si è discusso nella giurisprudenza italiana intorno al valore delle condizioni apposte alla vocazione del primo chiamato, cui la legge abolitiva dei fedecommessi attribuisce metà della proprietà nuda dei beni fedecommissari e il godimento vitalizio dei loro frutti. Dirò io pure il mio avviso in proposito.

Anzitutto parmi fuor di dubbio, che della virtù purificativa della abolizione dei fedecommessi, rispetto alle condizioni della vocazione a succedere, non si possa discorrere affatto rispetto ad un fedecommesso non ancora incominciato, del quale cioè si stia aspettando, per un motivo qualunque, il primo possessore. Tale era appunto il caso del fedecommesso Valentini nel giorno 1° luglio 1871, e tale fu appunto la tesi proclamata nella relativa causa dalla Cassazione di Firenze, 28 aprile 1874 (*Giur. it.*, 1875, 10, 338). Parmi indubitata quella tesi, perchè, prima di tutto, la legge abolitiva dei fedecommessi suppone un *possessore* attuale dei beni fidecommissari, od almeno l'esistenza di una persona che avrebbe diritto di rivendicarli; e poi sarebbe contro lo spirito della legge medesima il renderla stromento della istituzione che vuole abolire, facendole riconoscere, o meglio attribuire diritti su quei beni a persone, delle quali nessuna li poteva desumere dalla stessa legge del fedecommesso. Dico: *delle quali nessuna*, perchè egli è bensì vero che la legge abolitiva attribuisce metà di quei beni al *primo* o *ai primi chiamati* dopo il possessore attuale, e che tali persone,

secondo il comune insegnamento, non hanno un diritto quesito al fedecommesso, ma soltanto una mera aspettativa, ma appunto codeste persone non vengono contemplate dalla legge se non accanto ad altre che hanno un diritto quesito alla successione fedecommissaria.

La risoluzione dei fedecommessi non ancora incominciati, in virtù della legge che abolisce i fedecommessi, fu sempre ritenuta nella giurisprudenza. Formulata espressamente nella legge francese del 1796, essa era stata introdotta anche nel progetto di legge transitoria italiana dal Mancini, la cui proposta non venne accettata dalla maggioranza, non già come discutibile, ma come superflua. Essa suonava così: *se il fedecommesso non sia ancora aperto, o non esista il primo possessore attuale designato a stipite... la sostituzione s'intende risoluta.*

Che se di un fedecommesso aperto e incominciato prima che la legge abolitiva venisse attuata, mancava in quest'epoca il possessore, e la successione era sospesa perchè pendeva la condizione a cui era alligata la chiamata di un altro successore, neppure in questo caso potrebbesi parlare di purificazione di condizione della vocazione fedecommissaria, imperocchè la legge abolitiva dei fedecommessi intende *primo chiamato* alla successione fedecommissaria colui che lo sarebbe dopo il possessore attuale.

Che in difetto del possessore attuale, il primo chiamato sotto condizione non abbia diritto alcuno, cui la legge abolitiva dei fedecommessi possa rispettare, è sempre stato pacifico nella giurisprudenza, anche italiana, nello applicare la legge francese abolitiva dei fedecommessi, vigente anche in alcune regioni italiane al principio del secolo scorso. Così, p. es., la Rota Romana nella causa *romana immissionis sive consignationis, 20 martii 1835, coram Ruspoli*, nella quale si trattava della pretesa di un successore eventuale ad una seconda genitura che era sospesa, e i cui beni trovavansi sotto amministrazione, quando venne attuata a Roma la legge francese abolitiva dei fedecommessi del 1809 respinse la pretesa pel riflesso che: *substitutio quae nondum competit extra bona nostra est.* E il Romagnosi, commentando la legge 6 termidoro della Repubblica Cisalpina, che abolì i fedecommessi, diceva: " il chiamato con semplice aspettativa con condizione non purificata, è escluso dal possesso in forza della istituzione medesima. Egli non può succedere in via di sostituzione in virtù di una legge che tronca il

corso delle sostituzioni non consumate „ (V. *Collezione delle opere di Romagnosi. Memoria sulla detta legge*).

Soltanto rispetto ai primi chiamati esistenti contemporaneamente al possessore attuale può ragionarsi di purificazione delle condizioni a cui la loro vocazione sia obbligata, sicchè essi possano fruire dei diritti accordati ai primi chiamati dalla legge abolitiva dei fedecommessi, e che altre leggi analoghe, e p. es., le francesi succitate loro non attribuiscono. Ella è questione agitatissima e variamente risoluta.

Per venire ad una opinione fondata egli è opportuno premettere due riflessi.

Il primo si è che male a proposito si invocarono da parecchi, per risolvere tale questione, opinioni di giureconsulti e sentenze di Tribunali, emanate vigendo le leggi francesi abolitive dei fedecommessi, od altre consimili, nelle quali il solo possessore attuale del fedecommesso è contemplato, e non lo sono invece affatto i primi chiamati dopo di quello. Di fronte a leggi siffatte le questioni del riguardo dovuto a vocazioni condizionate non poteva neppur sorgere, perchè non la si sarebbe potuta sollevare che rispetto a quello che esse leggi chiamano possessore, o avente diritto a reclamare il fedecommesso, quale non può essere evidentemente un chiamato, la cui vocazione sia alligata ad una condizione pendente nel giorno della abolizione. Che se la questione non ostante venne fatta più d'una volta, e altrettante volte risoluta negativamente, egli è affatto fuor di proposito il dedurne nulla contro il diritto di chi è detto *primo chiamato* in una legge, che il primo chiamato distingue dal vero e proprio possessore, e lo contempla insieme a questo.

In secondo luogo vuolsi riflettere che per lo meno la condizione della premorienza del possessore attuale al primo chiamato dopo di lui vuolsi ritenere purificata dalla legge italiana abolitiva dei fedecommessi, perchè altrimenti vana sarebbe l'attribuzione che essa legge fa al primo chiamato della metà nuda dei beni fedecommissari. Conseguentemente la proposta questione si riduce a domandare e ricercare se la purificazione, già ammessa dalla legge medesima, in modo implicito, evidente, rispetto alla condizione di premorienza del possessore, si possa estendere a tutte quante le condizioni, o per quali debbasi accettare, per quali no.

Ciò posto, io non esito a dichiarare che a mio avviso qualunque

distinzione che si voglia fare tra la condizionalità del diritto del *primo chiamato* per la semplice premorienza del possessore attuale, e la condizionalità dipendente da altri avvenimenti di qualunque indole, e in qualunque modo complessi, è distinzione vana ed incivile, e che, come la purificazione di quella semplice condizione di premorienza è ammessa certamente dallo stesso legislatore, così pure la purificazione di qualunque altra condizione si debba pure ammettere siccome rispondente all'intenzione del legislatore, allo spirito della legge. Aver più riguardo a chi sia primo chiamato sotto la semplice condizione della premorienza del possessore attuale, che a chi lo sia sotto una condizione più remota, o più complessa, non sia discorso conforme alla logica, ove la legge stessa espressamente lo imponga. E veramente ci fu qualche legge di questo genere, tale, p. es., la legge promulgata nell'Umbria il 21 ottobre 1860, la quale testualmente contempla come primi chiamati soltanto " le persone nate o concepite al momento della " pubblicazione del decreto, la cui vocazione sarebbesi in forza " della istituzione attuata senz'altro evento e condizione ", tranne, s'intende la condizione della premorienza del possessore. In una legge invece, la quale al pari dell'italiana del 1865, parla di *primi chiamati* in generale, senz'altro aggiungere, siffatta distinzione, appunto perchè non conforme alla logica, non può essere introdotta e sottintesa.

E di vero, il calcolo delle probabilità non può farsi entrare nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi. Aver riguardo alla vocazione del *primo chiamato*, se questa è soltanto condizionata alla premorienza del possessore, e non avervi riguardo se è condizionata invece alla estinzione di una linea, o all'adempimento di un'altra condizione qualunque, concernente o no la persona del chiamato, non può avere altro significato se non reputarsi più vicina, cioè assistita da un maggior grado di probabilità la vocazione nel primo caso che in qualsivoglia altro. Ma si può egli affermare in tesi generale tal cosa? No, certamente, poichè sono tante e tanto variabili in concreto le circostanze concomitanti ognuno dei singoli casi. Se dunque il legislatore ha detto in generale che, oltre al possessore del fedecommesso, si accorderanno certi diritti anche al *primo* o ai *primi chiamati*, senza qualificare ulteriormente queste persone, la sola interpretazione logica di tale disposizione legislativa è il ritenere che il legislatore non intese ammettere distin-

zione nessuna fra chiamati sotto la semplice condizione della premorienza del possessore, e chiamati sotto qualunque altra condizione.

Mi si obbietterà che quando venne statuita la locuzione precisa della legge di abolizione, che doveva essere introdotta nella provincia romana nel 1871, il legislatore italiano si astenne ancora dal pronunciarsi nell'anzidetto senso, il che avrebbe fatto, se tale fosse stata veramente l'opinione sua. Ma io rispondo che questo procedere del legislatore italiano provenne da tutt'altro che da indecisione circa la soluzione da preferirsi. Il Ministro Guardasigilli esprimeva anzi un'idea perfettamente esatta in quella occasione, affermandosi propenso a ritornare alla dottrina francese, che non contempla affatto i *primi chiamati* oltre il possessore attuale, piuttosto che accettare la distinzione introdotta nella più volte citata legge umbrica del 1860, che alcuni deputati gli volevano, con poco consiglio a mio parere, porre dinanzi come modello da imitare. Che se nel 1871 fu lasciata insoluta la questione in discorso, ciò fu soltanto perchè non si volle modificare una legge già vigente in tutte le provincie d'Italia, fuorchè nella provincia romana, e se nel 1866 la questione medesima non venne risoluta dal legislatore, ciò fu soltanto perchè allora non fu neppur preveduta.

Vuolsi del resto osservare che la opinione da me propugnata, oltrechè la più conforme alla logica del diritto, è anche la più rispondente a quella equità, e direi quasi, generosità, per cui il legislatore volle attribuire qualche diritto sui beni fedecommissari prosciolti anche a chi aveva sui medesimi una mera aspettativa. Codesta equità non consente distinzione fra aspettative più o meno remote, purchè da qualche fondamento siano assistite.

Alcuni giureconsulti hanno immaginato di risolvere la questione, colla distinzione delle condizioni *intrinseche* ed *estrinseche* della vocazione al fedecommesso. Chiamano *intrinseche* quelle che discendono dalla stessa natura della successione fedecommissaria, *estrinseche* quelle imposte dalla volontà del testatore. Le prime opinano che siano state condonate dalla legge al primo chiamato, cioè purificate per virtù della legge abolitiva, le seconde no. Codesta dottrina incontrò favore presso gli annotatori degli *Annali della Giurisprudenza italiana* (v. 1868, t. I, p. 93), ed anche presso qualcuno degli egregi giureconsulti, che combatterono le pretese del

Raffaele Alibrandi nella causa relativa alla attribuzione dei beni del fedecommesso Valentini (V. *La memoria degli avvocati Mancini e Giordani intorno a questa causa*, Roma, Cuggiani, 1873, p. 27 e segg.).

Siffatta dottrina ha per me il doppio inconveniente di essere inesatta, e di mancare di logico fondamento.

Invero il criterio di distinzione fra le condizioni intrinseche e le estrinseche è un criterio affatto accidentale. Tutte quante le modalità della successione fedecommissaria sono determinate dal testatore, tranne il requisito della premorienza del precedente possessore. Questa non è anzi neppure una vera condizione della successione fedecommissaria in virtù del noto canone, *quae tacite inesse videantur non faciunt legata conditionalia (l. 99 D. de cond. et don.)*. Ad eccezione di questa sola, impropriamente detta condizione, certamente *intrinseca*, tutte le altre modalità della successione fedecommissaria possono essere stabilite dal testatore a suo piacimento. Così, p. es., la scelta della linea, la determinazione del successore nella linea, la successione delle linee. E allora quale è la differenza fra tali condizioni, e le altre che si vogliono chiamare *estrinseche*? Io ne vedo una sola, che è il riguardare quest'ultime la persona dei singoli successori, mentre le così dette *intrinseche* concernerebbero l'ordine della successione. Ma questa differenza è affatto accidentale, almeno di fronte alla questione della loro influenza sul diritto quesito dei singoli successori o sulla efficacia immediata della legge abolitiva dei fedecommessi. E valga il vero. Gli annotatori degli *Annali della Giur. italiana* (l. c.) adducono come esempio di condizione intrinseca l'esser morto *sine liberis* l'ultimo successore in una data linea, affinchè si passi ad un'altra linea. La quale condizione pendente fu giudicata dalla Corte di Cass. di Torino con sentenza 24 gennaio 1868 nella causa Blasi-Foglietti (*Ann. di Giur. ital.*, t. I, p. 93), essere stata purificata per virtù dell'attuazione della legge abolitiva dei fedecommessi. Ora io domando: perchè siffatta condizione deve dirsi intrinseca, e distinguersi da un'altra qualunque, concernente la persona di un singolo successore, una volta che l'una e le altre esistono unicamente per volontà del testatore? E infatti quella condizione non parve intrinseca ai compilatori della legge abolitiva dei fedecommessi nell'Umbria, nella quale è condonata la sola vera condizione *intrinseca* della vocazione al fedecommesso, che è la semplice premorienza dell'ultimo possessore.

Vengo ora al fondamento logico della dottrina suaccennata. Come dissi già, questo fondamento io non lo trovo. E di vero parrebbemi gratuita affatto la proposizione di chi dicesse essere più problematico, cioè più eventuale o meno probabile, e più lontana la aspettativa di un primo chiamato sotto una condizione riflettente l'ordine della successione, che non sotto una condizione riflettente soltanto la personalità sua. Che se il significato logico della distinzione che io vado combattendo, e di qualunque altra che si voglia proporre nello stesso argomento, non si dovesse ricercare da quel punto di vista, io non saprei davvero in che cosa mai la si potesse far consistere.

La nostra giurisprudenza non ha ancora preso uno stabile partito circa la questione fin qui discussa, ma andò oscillando in differenti direzioni. Lascio in disparte la sentenza della Cassazione di Firenze, 28 aprile 1874, nella causa Alibrandi-Valentini, la quale non concerne, come già dissi, propriamente quella questione, se non per porla esattamente, eliminandola nei casi in cui il fidecommesso prosciolto non avesse un possessore. La sentenza della Cassazione di Milano, 28 dicembre 1864, nella causa Astolfi, dichiarò dovere l'attribuzione di metà dei beni fedecommissari al primo chiamato restare in sospeso fintantochè non sia verificata o mancata la condizione della aspettativa di quel successore. Proposizione codesta, la quale urta del pari contro la lettera e contro lo spirito della legge di abolizione, e che non mi par supponibile possa in avvenire venire ripetuta, come non lo è più stata finora, *ne id monstri contingat, ut haereditas nemini quaesita in suspenso maneat* (Rota Romana, decis. 25 giugno 1838, *coram* Di Pietro, 3). La Corte d'appello di Brescia, in una decisione 10 dicembre 1867, in causa Mazzucchelli, dichiarò che la vocazione *eventuale* del sostituito trasversale debba ritenersi di nessun valore, e che, non vi essendo il primo chiamato, i beni restino tutti liberi al possessore. La Cassazione di Torino, nella già mentovata sentenza 24 gennaio 1868 nella causa Blasi-Foglietti, mentre ha ritenuto, come notai, che il primo chiamato dopo il possessore attuale possa essere anche un successore eventuale, il cui diritto dipenda dalla premorienza non solo, ma dalla mancanza di prole del possessore, in altri termini un successore appartenente ad una linea diversa da quella in cui finora i beni fedecommissari vennero trasmessi, ha in pari tempo fatta distinzione fra le condizioni *intrinseche*,

apposte alla vocazione del primo chiamato, e le *estrinseche*, ammettendo la purificazione delle prime e non quella delle seconde.

E questa distinzione reputa doversi fare anche Pacifici-Mazzoni (*Success.*, vol. 3, p. 463). La distinzione, egli dice, fra le condizioni intrinseche della premorienza semplice, o *sine liberis*, del possessore attuale al primo chiamato, e le condizioni estrinseche al diritto di questo, per esempio, la condizione *se avrà preso moglie e avuto figli*, è chiara e precisa; essendochè, se le prime si fossero avverate nel giorno della abolizione del fedecommesso, il primo chiamato sarebbe succeduto nei beni fedecommessari, mentre che, avveratesi in quel giorno le prime condizioni, e rimanendo ancora in sospeso una delle seconde, egli non avrebbe ancora avuto diritto di succedere. Inoltre egli osserva che il legislatore nel regolare gli effetti dello svincolo dei fedecommessi ebbe a considerare ciò che avverrebbe nel momento dello svincolo, se in luogo dello svincolo accadesse la morte dell'attuale possessore del fedecommesso, la qual morte lascerebbe ancora in sospeso la condizione a cui fosse ulteriormente alligato il diritto del primo chiamato.

Io non nego che la distinzione fra le condizioni di premorienza semplice, o *sine liberis*, e le condizioni d'altro genere apposte alla vocazione del primo o di un ulteriore chiamato, sia chiara, poichè le prime concernono l'*ordine* della successione, le seconde la *persona* dei singoli successori. Ciò che io non arrivo a comprendere, si è che questa distinzione possa avere avuto influenza sulla intenzione del legislatore rispetto ai *primi chiamati*. Di fronte alla legge italiana, abolitiva dei fedecommessi, non vi hanno che diritti concreti del possessore attuale, e aspettative dei *primi chiamati*, e se queste aspettative sono tali, qualunque sia la natura della condizione apposta alla vocazione, sembrami logico che il legislatore, volendo aver riguardo alle medesime, oltre che al diritto concreto del possessore attuale, non debba far differenza fra caso e caso, pel solo motivo dell'astratta varietà delle condizioni da cui l'aspettativa dipende.

Quanto all'obbietto desunto dalla finzione della morte del possessore attuale nel giorno dello svincolo del fedecommesso, anche esso parmi zoppicare dalla stessa parte del precedente. Imperocchè, siccome in concreto è tanto degna di rispetto l'aspettativa proveniente da una condizione intrinseca quanto quella proveniente da una condizione estrinseca, non si vede ragione perchè all'abolizione

dei fedecommessi debba presiedere soltanto la finzione della morte del possessore attuale nel giorno di quella abolizione, e non anche quella dell'adempimento in quel giorno di ogni altra condizione apposta alla successione del primo chiamato. Nessuno dirà che questa seconda finzione non sia diversa dalla prima; ma che in concreto debbasi attribuire al legislatore soltanto la prima finzione, e non anche la seconda, parmi gratuita e infondata asserzione, perchè ripugnante allo spirito della legge, cioè al riguardo equitativo, e meramente equitativo, rispetto ai *primi chiamati*.

E non parmi qui inutile anche un altro riflesso. Chi nel fondare un fedecommesso appone condizioni sospensive alla vocazione dei singoli successori, condizioni concernenti la persona di ognuno di loro, non suole immaginare condizioni strane, e per nulla attinenti allo scopo dell'istituzione, come, p. es., la condizione: *si navis ex Asia venerit*, od altre simili. Egli appone invece condizioni connesse con quello scopo, e la maggior parte potestative, condizioni cioè che, adempiute dal successore, lo porranno in una situazione sociale, confacente alla dignità della situazione economica, o tenderanno ad assicurare la discendenza chiamata al fedecommesso. Bene a proposito il Mazzoni immaginò la condizione del prender moglie. Or bene egli è anche in concreto a ritenersi che questa ed altre consimili condizioni potestative il primo chiamato aveva nell'animo di adempire, quando è sopraggiunta l'abolizione del fedecommesso, epperò l'escluderlo affatto dai diritti assegnatigli dalla legge di abolizione, pel solo motivo che quell'adempimento non è ancora accaduto, è irragionevole cosa, mentre lo si ammetterebbe a quei diritti, ove soltanto egli fosse stato chiamato sotto la condizione di premorienza del possessore attuale (1).

---

(1) Conviene nella dottrina da me propugnata l'esimio, testè defunto. avv. Simone Orefici (v. *Mon. d. Trib.*, 1886, p. 353 e segg.).

Della prelazione dei creditori dell'eredità in seguito alla separazione dei patrimoni.

Vecchia ma sempre aperta è la questione: se i creditori del defunto, che hanno domandato e debitamente attuato la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, a termini degli art. 2054-2065 del Codice civile italiano, debbano lasciar concorrere con loro i creditori del defunto, che la separazione non domandarono, e seguirono intieramente la fede dell'erede, oppure se debbano venir soddisfatti sulla eredità, ad esclusione dei secondi creditori, i quali dovranno per conseguenza concorrere per contributo coi creditori dell'erede sulla parte di eredità che per avventura rimanga dopo soddisfatti i primi creditori. La questione è agitata anche in Francia, e il Mourlon (*Examen critique*, vol. II, n. 296) afferma non esservi altra materia " in cui le difficoltà siano più frequenti, e le regole proposte per risolverla meno numerose ". Coloro i quali pensano nel secondo dei due anzidetti modi, si appoggiano, in diritto italiano, sugli art. 2055, 2063 del Cod. civile, il primo dei quali dice che la separazione ha per oggetto il soddisfacimento dei creditori del defunto e dei legatari che l'*hanno domandata*, e il secondo dice che la separazione dei patrimoni *non giova che a coloro che l'hanno domandata*. Coloro che pensano nel primo modo si dipartono da asseriti principî generali, in nome dei quali si industriano a superare e interpretare i detti passi di legge in modo assai diverso da quello che meglio risponde al loro testuale significato.

Ammettono la preferenza dei cosidetti creditori *separatisti* sui *non separatisti*: Borsari (*Comm. al Cod. civ.*, art. 2063), Meucci

(*Della separ. del patrimonio*, n. 244), Righini (*La separ. del patrimonio del defunto*, ecc., Milano, 1867), Levi (*Della separazione del patrim.*, ecc., pag. 115 e seg.), Losana (*Giurispr. ital.*, 1892, P. IV, pag. 100 e segg., e *Foro ital.*, 1904, 362, i. n.) (1), Cuzzeri (*Gazzetta dei Trib.*, 18 giugno 1881), Mirabelli (*Diritto e Giurispr.*, IV, p. 169 e segg.), E. Bianchi (*Dei Privilegi*, 1073), Huc, *Le Code civil it.*, p. II, 8, 13), Stella (*I diritti dei separatisti in rapporto all'eredità beneficiata*, Catania, 1894). — Pensano invece che i creditori separatisti debbano concorrere coi non separatisti: Ricci (*Comm. al Cod. civ.*, art. 2063), Pacifici-Mazzoni (*Success.*, vol. V, p. 477), Luzzati (*Priv. e Ipot.*, art. 1752, n. 67), Castel-Bolognesi (*Riv. Giur.*, IV, 193), Pochintesta (*Riv. ipot.*, vol. I, cap. 5), Ricci (*Comm. di Dir. civ.*, X, § 298), Lo Monaco (*Il Filangieri*, IV, I, p. 493), Tartufari (*Arch. Giur.*, XVI, p. 141 e segg.). E i seguaci della seconda opinione sono propriamente d'avviso che, mentre i creditori del defunto, separatisti, concorrono coi creditori non separatisti, e non anche coi creditori dell'erede, i secondi invece concorrono coi terzi per la parte che loro sia toccata dei beni ereditari, e in questa guisa essi pensano che sia sufficientemente soddisfatto il precetto della legge, che la separazione giova soltanto a coloro che l'hanno domandata, appunto perchè i creditori separatisti non vengono a concorrere, al pari dei non separatisti, coi creditori dell'erede. Se, per es., l'asse ereditario sia di 20.000 lire, i creditori del defunto siano due per 20.000 lire ciascuno, e di questi uno solo, *a* domandi la separazione, il secondo, *b* non la domandi, e siavi inoltre un creditore dell'erede *c*, per 10.000 lire, giusta l'opinione seconda accennata, *a* e *b* percepirebbero 10.000 lire ciascuno sull'asse ereditario, e in pari tempo il creditore *b* dovrebbe lasciar concorrere con sè per contributo il creditore *c* sulle 10.000 lire assegnategli, sicchè, in ultimo risultato, il creditore separatista *a* percepirebbe lire 10.000, il creditore non separatista *b* e il creditore dell'erede *c* percepirebbero L. 5000 ciascuno.

---

(1) Per Losana, cotesta tesi è natural conseguenza della sua premessa che la separazione in discorso escluda ogni azione personale verso l'erede, e ponga la successione in condizione di *eredità giacente*; ciò posto, infatti, viene ad escludersi ogni rapporto fra i creditori del defunto che hanno seguìto la fede dell'erede e coloro i quali, domandando la separazione, hanno, secondo Losana, inteso di escludere ogni relazione giuridica tra sè e l'erede.

Fra i giudicati favorevoli alla preferenza in questione si possono citare: Cass. di Palermo, 12 gennaio 1890 (*Ann. di Giur.*, 1890, I, 392), 4 marzo 1893 (*Mon. dei Trib.*, 1893, 894), 17 marzo 1896 (*Foro it.*, 1896, 580) e 6 luglio 1905 (*Foro it.*, 1905, 965); Cass. di Torino, 15 giugno 1879 (*Giur. it.*, 1879, I, 1051); Cass. di Roma, 5 gennaio 1901 (*Foro it.*, 1901, 348), 2 dicembre 1905 (*Ib.*, 1905, 1480); Cass. di Napoli, 17 gennaio 1902 (*Mon. dei Trib.*, 1902, 402); Corte d'appello di Palermo, 13 aprile 1888 (*Ann. di Giur.*, 1888, III, 461) e 16 marzo 1905 (*Circ. Giur.*, 1906, 167); Corte d'appello di Torino, 21 luglio 1893 (*Giur. it.*, 1893, 2, 483). E fra i contrari: Corte d'appello di Milano, 22 febbraio 1888 (*Mon. dei Trib.*, 1888, pag. 235), 20 febbraio 1893 (*G. l. c.*), 9 febbraio 1904 (*Foro it.*, 1904, 362); Cass. di Roma, 4 settembre 1880 (*Ann. di Giur.*, 1880, I, 78); Cass. di Torino, 31 dicembre 1880 (*Giur. it.*, 1881, I, 171) e 16 maggio 1896 (*Giur.*, 1896, 416); Cass. di Firenze, 4 maggio 1876 (*Ib.*, 1876, I, 666), 23 marzo 1896 (*Giur. it.*, 1896, 592) e 4 agosto 1904 (*Foro it.*, 1905, 1222); Corte d'appello di Napoli, 24 luglio 1876 (*Ann. di Giur.*, 1876, III, 117); Corte d'appello di Casale, 15 aprile 1873 (*Ib.*, 1873, II, 171) e 30 maggio 1894 (*Mon. dei Trib.*, 1896, 1020); Corte d'appello di Catania, 26 aprile 1880 (*Giur. ital.*, 1880, II, 352) e 17 luglio 1896 (*Mon. dei Trib.*, 1896, 1020); Corte d'appello di Modena, 2 febbraio 1881 (*Mon. Trib.*, 1881, 282), 28 maggio 1884 (*Giur. ital.*, 1884, II, 452) e 24 marzo 1885 (*Ib.*, 1885, II, 619); Corte d'appello di Bologna, 9 aprile 1897 (*Ib.*, 1897, 2, 397) e 24 febbraio 1905 (*Ib.*, 1905, 2, 247); Corte d'appello di Palermo, 26 febbraio 1905 (*Foro it.*, 1905, 965).

Nel Diritto Romano sembrerebbe che la questione fosse risoluta conformemente alla prima delle suddette opinioni, poichè nella L. I, § 16, D. *de separ.*, Ulpiano, fattosi il caso che la separazione sia stata domandata da alcuni creditori soltanto del defunto, afferma recisamente che gli altri creditori del defunto non ne possono profittare, e che *hos enim cum creditoribus heredis esse numerandos.* E tale è anche l'opinione prevalente fra i romanisti, come si scorge in Salgado (*Labyrintus creditorum*, parte I, cap. IX), ma taluni ne dissentirono, come per esempio Voet (*ad Pand.*, I). V. in proposito *Doveri* (*Ist. di D. R.*, vol. 2°, p. 600).

Nel Codice Napoleone la materia della separazione è regolata dagli art. 878, 881 e 2011, ma in nessuno di questi articoli è detto

ciò che si legge nell'art. 2063 del Codice civile italiano, onde non fa meraviglia che le opinioni dei giureconsulti francesi non siano meno divise sul punto del rapporto fra creditori separatisti, che sugli altri effetti della separazione, e sullo stesso concetto generale dell'indole di questa. La prima delle due opinioni distinte sopra è seguita in Francia da Duranton (vol. VII, n. 270), da Blondeau (*De la sépar.*, p. 481, 508), da Demante (*Cons. analyt.*, ecc., vol. III, n. 222 *bis*), da Barafort (*Séparat. de patrim.*, n. 178-183), da Troplong (*Priv. et hypot.*, 323-325), da Marcadé (*Esplic. du Cod. civ.*, vol. II, 2761), da Zachariae (*Droit. civ. franc.*, vol. II, pag. 426, 432, 435) pel caso che ci siano realmente creditori dell'erede, da Flandin (*De la transcript.*, n. 1055, 1056) e da parecchi altri. La seconda opinione è seguìta da Aubry et Rau (*Comm. sur Zachariae*, VII, 3, 619), da Laurent (*Le Cod. civ.*, X, 3, 55), e da Zachariae (l. v.) pel caso di non concorrenza dei creditori dell'erede coi creditori del defunto. Ma appunto perchè, come ho detto, nel *Code civil* mancano disposizioni eguali a quelle degli art. 2055, 2063 del Codice civile italiano, l'opinione che nega in questo Codice la preferenza in questione non ha certo per sè il suffragio di Aubry et Rau, nè di Laurent, mentre per tal ragione appunto è tanto maggiore il peso delle autorità francesi che stanno per l'opinione contraria.

Per me io non esito ad accettare la tesi della preferenza in questione, perchè mi par quella assistita da più fondati e persuasivi argomenti.

Suolsi affermare che l'art. 2055, col dire che la separazione dei patrimoni mira al soddisfacimento dei creditori del defunto o dei legatari che l'hanno domandata, a *preferenza dei creditori dell'erede*, viene implicitamente ad escludere che i creditori del defunto separatisti abbiano perciò ad essere preferiti ai non separatisti. Ma questo mi pare un ragionare, come si dice, a rovescio. Se l'articolo 2055 dà preferenze sui creditori dell'erede a quei creditori del defunto, che hanno domandato la separazione, ne consegue che tale preferenza non ispetta a quei creditori del defunto che la separazione non domandarono, sicchè questi ultimi creditori e i creditori dell'erede non possono soddisfarsi che sui beni ereditari sopravvanzati al pagamento dei separatisti.

L'art. 2063 dice che la separazione del patrimonio *non giova che a coloro che l'hanno domandata*. Or se vi hanno creditori del

defunto che non domandano la separazione, come mai potranno costoro profittarne, a dispetto dell'art. 2063, che dice chiaramente giovare la separazione soltanto a coloro che l'hanno domandata? Si obbietta che il *non giova* dell'art. 2063 dovesi interpretare soltanto nel senso che i soli creditori, che hanno chiesto la separazione, possono impugnare le distrazioni dei beni ereditari eventualmente fatte dall'erede. Ma s'egli è chiaro che quella azione in discorso può spettare soltanto ai creditori separatisti, rimane però sempre la questione se dell'azione medesima debbano altri creditori del defunto profittare oltre ai separatisti che l'hanno promossa.

Ma oltre e più che della lettera della legge, conviene in questa disputa tener conto dello spirito di questa, cioè dell'indole e dell'economia dell'istituto della separazione nella vigente legislazione civile italiana.

Io osservo anzitutto che il beneficio di separazione viene a torto rappresentato dalla generalità dei nostri giureconsulti, e da tutti i fautori dell'opinione che io combatto, come un diritto acquistato direttamente e principalmente contro i creditori *proprii* dell'erede. Se ciò può esser vero in altre legislazioni, contemporanee o passate, non mi pare che lo sia nella legislazione nostra. Io credo invece che sia quello un diritto acquistato *direttamente e principalmente* contro l'erede. Ciò è reso manifesto dal disposto dell'articolo 2062, per cui, iscritto in tempo il beneficio di separazione, non si possono opporre ai creditori del defunto *separatisti* le ipoteche e le alienazioni accordate dall'erede, e debitamente iscritte o trascritte sui beni dell'eredità. In tal guisa la separazione colpisce direttamente e immediatamente l'erede, e viene a diminuire la disponibilità di costui rispetto all'eredità che è pur sua.

Ciò posto, ne consegue che la separazione si possa tanto praticare se alla morte del *de cujus* vi siano creditori dell'erede, quanto se non vi siano, perchè in questa seconda ipotesi essi possono sempre sorgere e comparire posteriormente all'adizione, potendo l'erede procacciarsene, e non vietandogli la legge altro se non di assegnare loro come garanzia i beni ereditari a danno dei creditori del defunto separatisti. La separazione dei patrimoni è un provvedimento di sicurezza a vantaggio dei creditori e dei legatari del defunto, e, come costoro, per espresso disposto dell'articolo 2058, lo possono adoperare nonostante l'adizione beneficiata,

che è invece a tutto vantaggio dell'erede, e rimane anche sempre nel potere di questo, così pure non può impedire a quei creditori di far uso del beneficio di separazione quell'altra circostanza, non meno estranea alla loro volontà, che è l'esservi o il non esservi creditori dell'erede. Ed ora è egli possibile ammettere che, non essendovi creditori dell'erede prima che scada il termine per l'iscrizione del beneficio di separazione, questa iscrizione abbia a giovare anche ai creditori del defunto non *separatisti*? Ciò non solo di fronte all'espresso disposto dell'art. 2063, ma eziandio di fronte alla ragione e al buon senso? Dovrebbe la negligenza equivalere alla diligenza? Tanto sarebbe che la legge avesse in questa ipotesi negato il beneficio della separazione, o lo avesse fatto esistere per tutti i creditori del defunto senza bisogno di iscrizione.

È un forte argomento codesto, già adoperato dalla Cassazione di Palermo nella mentovata sentenza 12 gennaio 1890, e al quale la Cassazione di Torino, nella sentenza 31 dicembre 1890, e la Corte d'Appello di Napoli, in quella pure citata 24 luglio 1876, non sanno rispondere se non negando che si possa ricorrere alla separazione, allorquando non esistano creditori dell'erede dentro il termine in cui essa dovrebb'essere iscritta. Ma questo si chiama aggiungere alla legge ciò che in questa non si trova o, meglio, *distinguere dove la legge non distingue*; imperocchè nè l'art. 2055 nè altro articolo pone la condizione che i creditori dell'erede debbano esistere alla morte del *de cujus*, o prima che scadano tre mesi da questo momento. Così rispondendo però quei giureconsulti dànno a divedere di avere una falsa idea dell'indole e dello scopo della separazione, di ignorare cioè che questa è diretta immediatamente contro lo stesso erede, mentre chi si diparte da questa premessa comprende benissimo che la legge abbia voluto premunire i creditori del defunto contro la concorrenza dei creditori dell'erede sui beni ereditari, in *qualunque tempo* costituiti tali, ed anche trova perfettamente ragionevole che tale beneficio venga accordato a quei soli creditori del defunto che lo hanno domandato ed attuato. Ed è quindi chiaro da tal punto di vista che l'opinione da me combattuta non risponde, ma ripugna allo spirito della separazione, e non si può sostenere senza aggiungere agli arbitrii di interpretazione suaccennati, un altro ancora, cioè quello di introdurre nella legge una distinzione che affatto non vi si trova.

Un altro gravissimo obbietto si può muovere, dal punto di vista della economia dell'istituto della separazione, contro l'opinione del concorso dei creditori separatisti e dei creditori non separatisti.

La nostra legge vuole (art. 2069) che il beneficio di separazione si iscriva nei modi voluti in generale per le iscrizioni ipotecarie. Ciò essendo, dovranno i creditori separatisti indicare la somma per cui si iscrivono, ma sarebbe egli giusto, o non piuttosto assurdo, che i non separatisti potessero poi costringerli a far parte anche a loro dell'utile effetto della separazione? È un argomento codesto che fu già adoperato, come dirò in sèguito, prima di me, e con molta più autorità che non sia la mia, nel seno stesso della Commissione che elaborò il Progetto del Codice civile italiano.

E se poi si debba venire a espropriazione forzata dei beni ereditari, sui quali la separazione venne iscritta, le spese della espropriazione chi le sopporterà? Le sopporteranno i soli creditori del defunto separatisti? Sarebbe questa una solenne ingiustizia, se anche i creditori del defunto non separatisti ne dovessero profittare. Ma e d'altra parte quale azione avranno in tal caso i creditori separatisti contro i non separatisti per avere il rimborso di una parte delle spese? Io non iscorgo davvero, una volta che si ammetta che l'estensione del beneficio della separazione nell'una e nell'altra categoria di creditori dell'erede accada *ipso jure*.

Finalmente l'inconciliabilità della tesi da me combattuta coll'indole propria, anzi collo stesso concetto del beneficio di separazione, si appalesa nel più chiaro modo nelle stesse conseguenze logiche della medesima. Se infatti si vuole sul serio che i creditori separatisti non si avvantaggino più dei non separatisti, non è giusto che, mentre i primi non subiscono la concorrenza dei creditori dell'erede, abbiano a subirla i secondi. E ciò avvertì anche la Corte di Modena nella citata sua decisione 24 marzo 1885, che dice: " I creditori non separatisti, perdenti nel concorso coi creditori dell'erede, possono, per ciò che vengono a perdere, concorrere per contributo sulla somma assegnata ai separatisti ". Ma se ciò è vero, egli è chiaro altresì che in tal guisa i creditori separatisti non vengono ad essere preservati dalla concorrenza dei creditori proprii dell'erede, e che sfuma del tutto lo scopo, il con-

tenuto, il concetto stesso di separazione del patrimonio del defunto, e di *beneficio* di separazione. Ne conviene lo stesso compianto F. Ricci in una nota all'anzidetta sentenza (*Giurisprudenza Italiana,* 1885, II, 619), il quale però ha torto di dire che il non separatista non ha nessun diritto di rivalersi nel detto caso sulla quota assegnata in proprio al separatista. Questo diritto gli viene dalla stessa premessa, da cui anche il Ricci si diparte, che cioè la separazione non può dar preferenza ai creditori del defunto separatista sui non separatisti. Imperocchè se i non separatisti dovessero perdere a vantaggio dei creditori dell'erede la parte loro assegnata del patrimonio del defunto, essi verrebbero manifestamente ad avvantaggiarsi della separazione meno dei separatisti. Ed è appunto la più solenne riprova della fallacia di una dottrina, in questo come in altri esempi, il riuscire essa, in ultima analisi, a distruggere il suo medesimo obbietto.

Non è dunque logicamente ammissibile la tesi del concorso dei creditori separatisti e non separatisti, perchè in pari tempo contraria alla lettera, allo spirito, all'economia della legge a cui si riferisce, perchè implica contraddizione, e perchè, rigorosamente applicata, frustra persino del tutto lo scopo stesso della separazione in discorso.

A questi gravissimi argomenti, desunti dalla lettera e dallo spirito della legge, gli avversari ne contrappongono altri, o troppo astratti e perciò inconcludenti, o che non toccano il vero punto vitale della questione.

Fra gli obbietti della prima specie, massimo è questo: " Non potere la morte del debitore alterare la condizione giuridica dei suoi creditori, sicchè non si possono creare priorità prima non esistenti ".

Vera in astratto questa proposizione, non si attaglia però al caso in questione, se non tenendo conto soltanto della morte del debitore e della trasformazione di tutti i creditori del defunto in creditori dell'erede. Ma quando entra in iscena un elemento di più, la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, allora l'eguaglianza di tutti i creditori del defunto non si può ammettere se non in quanto quella separazione appunto non giustifichi una preferenza di quelli fra i detti creditori che l'abbiano domandata in confronto degli altri che non la domandarono. E se la giustifichi o no, può bene la legge avocare a sè il definire, e

questa definizione essa ha appunto fatta nel senso di quella pre-preferenza, col disposto dell'art. 2063 del Codice civile. Si può discutere se questo articolo racchiuda o no la preferenza in questione, ma non è lecito precludere tale discussione, nè, molto meno, disconoscere la conclusione affermativa cui essa possa mettere capo, col dire che il legislatore non poteva, non doveva in tal guisa provvedere per l'astratta ragione: *non potere la morte,* ecc.

Si contraddicono poi coloro che non ammettono potere alcuni creditori del defunto venire preferiti agli altri, non ostante la separazione dei patrimoni domandata da alcuni soltanto, mentre essi medesimi il più delle volte ammettono che i soli creditori non separatisti debbano sopportare il concorso dei creditori del defunto sulla parte di eredità toccata a loro nel concorso coi creditori separatisti. Non è una inferiorità codesta dei primi ai secondi, per virtù della separazione?

Fra gli obbietti della seconda specie suddetta contro la tesi da me combattuta, vi ha pur quello del carattere ipotecario che altrimenti verrebbe ad avere la iscrizione del benefizio di separazione.

E perchè no? Bisogna pure che abbia un nome questo diritto di preferenza dei creditori separatisti. Un privilegio non lo possiamo dire, perchè suo titolo non è la causa del credito, ma piuttosto la provenienza sua. E come è una preferenza iscritta ne' libri delle ipoteche, e con tutte le forme delle iscrizioni ipotecarie (art. 2060), ella è certamente efficace in confronto dei terzi, a modo dell'ipoteca. Non dice del resto chiaramente l'art. 2065 che " tutte le disposizioni relative alle ipoteche " sono applicabili a quella iscrizione? E egli possibile ciò, se all'iscrizione non viene anzitutto attribuita efficacia ipotecaria? Non è una ipoteca vera e propria, nè in particolare una ipoteca legale, quella dei separanti il patrimonio del defunto da quello dell'erede, perchè ciò che la legge ad essi accorda propriamente è la separazione del primo patrimonio dal secondo, e la iscrizione non è che un mezzo onde fare valere in confronto dei terzi questa separazione. Ma l'effetto della iscrizione di questa separazione, cioè di questa separazione iscritta, è uguale a quello di una iscrizione ipotecaria, cioè di un credito iscritto nei registri ipotecari. Quando i fautori della tesi da me combattuta argomentano dal non potersi dire ipoteca

quella dei creditori separatisti, essi non si accorgono che, sostituendo ad una impropria espressione una propria, rimane abbastanza nell'iscrizione ipotecaria per cui non si possa ammettere la tesi loro. Rimane cioè che i creditori separatisti iscritti possono far valere i loro diritti in confronto dei terzi, come se fossero creditori ipotecari, sicchè sia tanto inammissibile che di tale iscrizione si abbiano a prevalere i creditori del defunto non separatisti, quanto che si abbiano a giovare di una ipoteca iscritta i creditori chirografari.

Obbiettasi altresì al carattere ipotecario della iscrizione in separazione de' patrimoni, che bisognerebbe dedurne l'efficacia della iscrizione anche in confronto dei terzi acquirenti prima della iscrizione; la qual cosa è inammissibile. Ma è ella cosa proprio inammissibile codesta? Nel *Code civil* l'art. 2111 statuisce espressamente che le ipoteche, iscritte sui beni del defunto dentro il termine utile per la iscrizione in separazione, cedono a questa iscrizione fatta dentro quel termine. Io convengo però che nel nostro diritto civile, il quale non ammette ipoteche occulte, e la sola ipoteca dell'alienante consente che possa prevalere a quelle iscritte contro il compratore prima della trascrizione dell'alienazione (art. 1942), non è facile ammettere quella virtù retroattiva della iscrizione in separazione a danno dei terzi. Ma che cosa può seguire da ciò? Che la iscrizione in separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ha efficacia in confronto di quei terzi soltanto, i quali abbiano posteriormente acquistato e conservato diritti confliggenti sugli immobili ereditari. Ma nulla ne viene che sia incompatibile col profitto esclusivo della iscrizione medesima pei creditori del defunto che l'hanno operata.

Più grave in apparenza è l'argomento desunto dalla ingiustizia che i legatari separatisti debbano essere pagati di preferenza ai creditori del defunto non separatisti. Ma l'argomento perde d'importanza al riflettere che è tutta colpa dei creditori del defunto che non chiesero la separazione, e seguirono invece la fede dell'erede, se corrono maggior rischio di non essere in tutto o in parte pagati, che non corrano i legatari; chè del resto la iscrizione in separazione non muta la condizione dei legatari in confronto dei creditori separatisti, i quali devono certamente essere pagati prima di loro. Se i creditori del defunto avessero, come tali soltanto, sempre il diritto di essere pagati prima dei legatari,

questo diritto non potrebbe andar perduto in virtù della separazione domandata dai legatari, i quali se ne potrebbero soltanto valere in confronto dei creditori dell'erede e dei legatari non separatisti. Ma la legge non dà appunto questo diritto se non nel caso di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, e alla condizione che, se questa non è fatta dall'erede medesimo, mediante il beneficio dell'inventario, venga chiesta dai creditori medesimi come beneficio di separazione. Anche nella giurisprudenza austriaca è indubitato che il legatario separatista è preferito al creditore del defunto che non separa. Ciò perchè, dice il Basevi (*Annot. prat. al Cod. civ. austriaco*, 813, 8): " il creditore colle sue omissioni avrebbe tacitamente acconsentito che i due patrimoni si confondessero, ed avrebbe in tutto seguìto la fede dell'erede „.

Da ultimo osserverò che la tesi da me combattuta ha contro di sè la dichiarazione di uno dei più considerevoli collaboratori al Codice civile italiano, dell'illustre Pisanelli. " Erasi dubitato, disse il Pisanelli (*Relaz.*, pag. 94), se la domanda del beneficio di separazione, fatta da alcuni degli interessati, giovasse pure agli altri. La giurisprudenza si pronunziò generalmente in senso negativo. Dovendo la domanda del benefizio indicare la somma per cui è chiesta la separazione, non può operare che sino a concorrenza di questa somma riguardo ai terzi; stabilendo altrimenti, si derogherebbe al principio di pubblicità. Nè si può ammettere che gli altri creditori o legatari si prevalgano della separazione ottenuta da alcuni di loro sino a concorrenza della relativa somma; imperocchè il creditore o legatario, che fu diligente a cautelare il suo diritto contro i terzi, sarebbe in tal caso pregiudicato dal concorso di quelli che non pensarono a garantirsi. Fu quindi stabilito che la separazione dei patrimoni non giovasse che a coloro che l'hanno domandata „

Che poi non vi sia luogo a distinguere, nella applicazione della tesi da me propugnata, fra il caso in cui l'erede abbia adito beneficiariamente, e il caso contrario, appena è d'uopo avvertire. Imperocchè la legge stessa parifica i due casi, accordando espressamente la separazione ai creditori del defunto e ai legatari, non ostante l'adizione beneficiata dell'eredità (art. 2058). E poi, come ho già notato sopra, il beneficio dell'inventario è a tutto vantaggio dell'erede, e in potere di questo rimane (v. art. 960-961, 967,

973-974 cod. civ.). È quindi erronea la decisione della Corte di Catania, 14 aprile 1893 (*Giur. Catan.*, XXIII, p. 136), che sia inutile, in caso di adizione beneficiata, la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (1).

---

(1) Bene analizza e censura questo giudicato lo Stella (*l. c.*, pp. 10-19).

La clausola finale dell'art. 8 del Titolo Preliminare del Codice civile italiano.

È grave e dibattuta quistione, se il canone sancito dall'art. 8 delle *Disposizioni Prelim.* del Codice civile, che la successione ereditaria devesi regolare secondo la legge nazionale della persona della cui eredità si tratti, di qualunque natura siano i beni, e *in qualunque paese si trovino*, debbasi applicare in Italia alla successione immobiliare di un individuo che non è suddito del paese in cui gli immobili ereditari si trovano, anche se il gius civile internazionale di questo paese imponga a tale successione la legge nazionale propria, qualunque sia la nazionalità del defunto proprietario.

Veramente sembrava a prima giunta che siffatta quistione non si possa neppure proporre. Questo fu infatti l'avviso della Corte di Appello di Genova 11 aprile 1870 (*Giur. it.*, XXII, 2, 292), del Tribunale di Caltanissetta, 27 marzo 1891 (*Circ. Giur.*, 1891, 190), della Cass. di Torino, 21 febbraio 1884 (*Foro it.*, 1884, 1, 572), della Cass. di Napoli, 21 giugno 1895 (*Id.*, 1896, 1, 192), della Corte d'Appello di Venezia, 12 febbraio 1895 (*Id.*, 1895, 1, 1011), della Corte d'Appello di Genova, 12 aprile 1901 (*Temi Genov.*, 1901, 296), della Corte d'Appello di Milano, 16 aprile 1901 (*Mon. di Trib.*, 1901, 407). E dello stesso avviso dichiararonsi Pacifici-Mazzoni (*Istit.*, 4ª ed., vol. I, 435), Ricci (*Tratt.*, vol. I, p. 2281), Diena (*Arch. Giur.*, 1897, p. 334; *Temi Veneziani*, 1905) e Anzilotti (*Studi critici*, p. 248 e seg.). E l'argomentazione da cui deducesi questa opinione, è sempre in sostanza quella contenuta nelle seguenti parole della citata sentenza genovese 11 aprile 1890:

" dove la legge impera in termini chiari, ed escludenti qualsiasi dubbiezza d'interpretazione, non altro può essere l'ufficio del giudice se non quello di applicarla, senza farsi lecito d'investigare se il precetto che essa contiene sia conforme ai provvedimenti che anteriormente fossero in osservanza sulla stessa materia, se più o meno si discosti dalle massime di diritto internazionale, o se possano per avventura insorgere ostacoli circa l'esecuzione della sentenza con cui venga applicato, potendo bensì cotale investigazione appartenere ai membri del potere legislativo, quando la legge sia per costituirsi, non a coloro, il cui incarico esclusivamente consiste nel farne l'applicazione quando è costituita ". In altri termini, si esclude la possibilità della quistione in virtù del canone: *ubi nulla verborum ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio* (l. 25, § 1 D. *de leg. III*).

Non ostante l'apparente contraddizione al detto canone giuridico, e l'autorità dei Tribunali e degli scrittori surricordati, io penso, dirò meglio oso pensare che la questione è proponibile, e deve essere risoluta in senso negativo.

Premetto che, se vi ha materia nella quale non si possano stabilire massime assolute, gli è appunto quella della interpretazione delle leggi. Si sa che l'interpretazione letterale non può mai scompagnarsi dalla logica; ma appunto il dire che non si possa mai dar caso in cui l'interpretazione logica abbia virtù di passar sopra, e, dicasi pure, di far violenza al testo, per quanto non ambiguo della legge, è soverchia affermazione. Non si potranno dare di certo che molto raramente casi siffatti; nella grandissima generalità dei casi vale di certo il detto aforismo, e questa è ragione sufficiente per cui l'aforismo è stato in generali termini formulato; ma che la romana sapienza abbia con tal detto voluto escludere la possibilità di eccezionali casi, in cui non lo si possa nè si debba applicare, rimane a dimostrare, ma non è possibile dimostrare. Delle due interpretazioni, letterale e logica, non separabili mai, la seconda ha certamente il primato sulla prima, non potendosi ammettere che il legislatore abbia mai voluto cosa non rispondente alla ragione, a meno che dalle stesse parole sue non si ritragga la prova che egli fu consapevole appieno di tutto l'effetto di queste, nell'atto in cui le pronunziava. Quando ciò non si possa provare, la logica, e quindi lo stesso rispetto per il legislatore, impongono all'interprete di intendere la legge altrimenti che non è scritta,

sia impropriando il significato delle parole, sia scemandone o accrescendone la virtù, sia, persino, avendo per non scritte una o più delle medesime. E il contrasto fra il senso letterale della legge e il senso razionale, contrasto che la ragione sola può dirimere, per due diverse vie può apparire, sia perchè il senso letterale contraddica ad un canone più generale statuito dal legislatore medesimo, sia perchè esso contraddica a qualcuno di quei generalissimi canoni del diritto, che, per non essere scritti nella legge, non sono meno certi e sono tanto più autorevoli, a talchè, come è noto, il nostro legislatore consente persino al giudice di valersene per farla un momento da legislatore, nei casi che la legge scritta non abbia affatto contemplati, nè racchiusi nella propria orbita (articolo 3 del titolo preliminare del Codice civile). E non è egli ammesso che la interpretazione della legge possa essere talvolta *restrittiva* o *estensiva*? Questo *restringere* o *estendere* è certamente sempre un fare maggiore o minore violenza al significato *chiaro* e *determinato* di una legge, onde mantener questa in armonia con altre più generali, da cui non appare possibile distaccarla; ed ora chi vorrà dire, e come è egli possibile prestabilire *a priori*, che non si possa mai dar caso in cui l'interpretazione restrittiva, la violenza fatta al chiaro disposto della legge, nello special senso di sminuirne la pratica efficacia, possa giungere fino al punto di avere a dirittura per non scritta una intiera frase di essa? Saranno, lo ripeto, eccezionalissimi e rarissimi casi codesti; è certamente una delle più gravi operazioni, direi quasi chirurgiche, della interpretazione restrittiva, e della interpretazione logica in generale, quella che consiste nel non avere per iscritte le parole del legislatore; ma quando ella sia dimostrata necessaria, è certamente lecito all'interprete il ricorrervi, poichè le esigenze della logica giuridica non riconoscono altri limiti se non quelli non soltanto posti di fatto, ma voluti e saputi di voler porre, dal legislatore medesimo. Tutto ciò è tanto vero, che lo ebbe a riconoscere la stessa romana sapienza, autrice dell'aforismo: *ubi nulla est verborum ambiguitas*, ecc. Imperocchè, nella l. 73, § 3, D. *de reg. jur.* è detto altresì e nientemeno: *quae ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent*, ed ora la non intelligibilità di una legge può tanto essere una inintelligibilità dirò così materiale, o lessica, ma altresì una inintelligibilità razionale, cioè l'assoluta inconciliabilità del chiaro significato delle

parole della legge con un generale principio giuridico fondamentale, ineccepibile.

È appunto un eccezionale esempio di siffatta inintelligibilità razionale di un chiaro testo di legge quello che ci offre la clausola finale dell'art. 8 D. P. C. C. S.

In virtù delle parole: di *qualunque natura siano i beni* e in *qualunque* paese *si trovino*, letteralmente applicate, il giudice italiano si troverà nel caso di dovere disconoscere, di avere per non esistente in un estero stato la legge che ivi impera rispetto alla successione ereditaria in beni immobili in esso situati, a chiunque siano appartenenti, e debbano essere devoluti. Legge, la cui esclusiva autorità riposa sul canone *immobilia regnantum lege loci*, che fino a ieri era da tutti gli Stati riconosciuto e applicato, ed oggi soltanto in alcuni Stati, fra i quali l' Italia, trovasi abbandonato.

Ora codesto disconoscimento di una legge estera in materia sottoposta alla sovranità estera, alla quale sovranità l'estero Stato non ha rinunciato nè in virtù di una sua libera determinazione, come ha fatto l'Italia, nè in virtù di un trattato coll'Italia, è nè più nè meno che disconoscere quella assoluta indipendenza di ogni sovranità dentro la sfera della propria competenza, della quale indipendenza il rispetto è uno dei principî fondamentali del gius delle genti, uno di quei generali, anzi generalissimi principî giuridici che in nessuna legge positiva sono scritti, ma tuttavia nessun uomo di buon senso ignora essere ineccepibili. E davvero ripugnante al buon senso fu la sentenza del Tribunale di Caltanissetta, che dichiarò doversi nella divisione della successione di un italiano considerare beni liberi gli immobili che questi possedeva nell'isola di Malta, sottoposti a vincolo fedecommissario! Che il legislatore italiano abbia veramente voluto enormezze di questo genere, che dettando la clausola finale dell'art. 8 delle D. P. C. C. I. egli abbia riflettuto alla possibilità che l'applicazione letterale di essa avrebbe neccessariamente prodotto conseguenze siffatte, non è lecito a nessuno, e neppure al giudice italiano, supporre ed ammettere, senza fare un gravissimo torto al legislatore. E per non fare al legislatore codesto torto il giudice deve imporsi il coraggio di avere *pro non scripta* quella clausola, perchè tal frase della legge, che *intelligi*.

Siffatto coraggio apparisce anche meno singolare al riflettere che è appunto un generale e grave difetto del gius civile inter-

nazionale italiano, contenuto negli articoli 6-12 D. P. C. C. S., quello del trovarsi in esso alcuni canoni non ancora universalmente accettati dalle genti civili, sicchè rispetto ad essi la legge italiana viene ad essere *legge nazionale in materia internazionale*, contraddizione nei termini. Di guisa che non soltanto rispetto all'art. 8, ma anche rispetto ad altri dello stesso titolo, egli è giuocoforza adottare una interpretazione restrittiva non letterale, se non si vuole che il gius civile internazionale italiano, anzichè servire a prevenire conflitti giuridici fra l'Italia ed altri Stati, abbia l'effetto di provocarli (1).

Siffatto coraggio lo ebbero la Cass. di Torino, 22 dicembre 1870 (*Ann. di Giur.*, 1871, 1, 385), e 22 giugno 1874 (*Giur. torin.*, 1874, p. 569); Cass. di Palermo, 25 aprile 1894 (*Giur. it.*, 1894, I. 1, 901); Corte d'Appello di Palermo, 23 novembre 1896 (*Foro it.*, 1897, 1, 417); Corte di Appello di Bologna, 15 gennaio 1875 (*Giur. torin.*, XIII, 237). E lo ebbero, fra gli scrittori, FEDOZZI (*Riv. di Giur.*, controv. p. 20 e segg.), FIORE (*Dir. internaz. priv.*; III, n. 1305 e segg.), GIANZANA (*Lo Straniero*, vol. 2, § 2°, n. 178), LOMONACO (*Tratt. di dir. civ. internaz.*, p. 202), CONTUZZI (*Il Cod. civ.*, Introd., p. XXVII), FUSINATO (*Temi Veneti*, 1898, 42).

Vuolsi anche osservare che una sentenza del giudice italiano in materia di divisione ereditaria di immobili situati in un estero Stato, nel quale rispetto a tali ben sia in vigore il canone *immobilia regnatur lege loci*, non potrebbe ottenere esecuzione in quello Stato. Di che gli inconvenienti pratici gravissimi non hanno d'uopo di essere chiariti. Chi può pensare che, p. es., la succitata sentenza del Tribunale di Caltanissetta, cui tolse effetto la pure citata sentenza della Cassazione di Palermo, 25 aprile 1894, e colla quale distribuivansi fra gli eredi di un italiano, come beni liberi, gli immobili fedecommissari retti dal *de cujus* nell'isola di Malta, avrebbe potuto venir eseguita dal giudice maltese, ed anzi che tal sentenza sarebbesi osato presentarla a questo giudice?

Ora se la clausola finale dell'art. 8 condurrebbe neccessariamente a giudicati ineseguibili, egli è evidente che, non soltanto

(1) Questa interpretazione restrittiva forma oggetto di uno speciale studio, a cui io sto attendendolo da molti anni, e di cui una parte soltanto è stata finora pubblicata (Memorie della R. Accademia de' Lincei; fasc. 1° e 2°, 1906, 1908).

perchè per sè medesima contraria ad un fondamentalissimo principio del gius delle genti, ma altresì perche produttrice di sentenze ineseguibili in esteri Stati, e perciò lesiva dello stesso decoro della magistratura italiana, deve, benchè chiara, e categorica, pur nondimeno aversi dal giudice italiano per non inscritta, ogni qualvolta l'applicazione sua presenterebbe quel duplice inconveniente. La Cassaziono di Palermo nella più volte citata sua decisione del 1894 ebbe il lodevole coraggio di ravvisare in quella clausola un *lapsus mentis* del legislatore. Grande, eccezionale coraggio davvero, ma lodevole, e da imitarsi, perchè a nessun costo il giudice può attribuire al legislatore il serio e consapevole proposito di una giuridica assurdità, e impossibilità.

Intorno alla prescrizione del diritto di accettare la eredità.

La dizione dell'art. 943 del Cod. civ. italiano: *la facoltà di accettare una eredità non si prescrive che nel decorso di trent'anni*, dà luogo a più di una domanda. È vera prescrizione questa di cui l'articolo parla? Quale ne è propriamente l'oggetto? Quali effetti essa prescrizione deve produrre rispetto ai terzi?

Anche il corrispondente art. 789 del *Code civil*, il quale suona: " *la facoltà di accettare o ripudiare una successione si prescrive nel più lungo termine prescrizionale dei diritti immobiliari* ", dà luogo a dispute fra i giureconsulti francesi. Ma sono dispute codeste relative soltanto al modo di conciliare la espressione: *accettare* o *ripudiare* una eredità. Imperocchè egli è chiaro che la facoltà di accettare implica quella di non accettare, e che non accettare equivale a rifiutare o ripudiare, onde non si comprende il perchè il legislatore francese abbia nonostante voluto distinguere la facoltà di ripudiare da quella di accettare una successione. E varie spiegazioni si dànno dai francesi giureconsulti di quel modo di dire. Taluni ritengono che l'erede, il quale dentro trent'anni non accetti, nè rifiuti, rimanga erede; altri che egli invece rimanga estraneo all'eredità (1). Il nostro legislatore ha reso impossibile disputa siffatta, sopprimendo la duplice menzione del diritto di accettare e del diritto di ripudiare l'eredità, adoperando la prima soltanto.

---

(1) Vedi riassunta questa disputa francese da Raffaele Perrone Capano, nel giornale *La Corte d'appello*, 1904, pag. 46 e segg.

Onde non è dubbio in diritto italiano che chi dentro trent'anni non dichiara di accettare una eredità deferitagli, non ha più facoltà di fare codesta dichiarazione. Ma tolta in diritto italiano ogni questione circa l'effetto immediato dei trent'anni decorsi senza l'accettazione o non accettazione dell'eredità, l'effetto, cioè, che l'eredità non può più essere accettata, rimangono le suddette più sostanziali questioni intorno alla vera e propria indole della prescrizione sancita dall'art. 943, all'oggetto di questa, e agli effetti suoi in confronto dei terzi.

Premetto ciò che non può essere dubbio, cioè che la prescrizione in discorso non può intendersi che prescrizione estintiva. Ora, domandare se in un dato caso vi sia, o no, luogo a vera e propria prescrizione, è lo stesso che domandare anzitutto se in tal caso vi sia, o no, un diritto suscettibile di prescrizione.

L'art. 943 parla di *facoltà* che si prescrive, non di *diritto*; della facoltà, cioè, di accettare l'eredità deferita, non già di un diritto che l'erede già avesse per virtù della delazione, indipendentemente dall'accettazione. Eppure, in virtù dell'art. 925, il solo fatto della delazione investe *ipso iure* l'erede del possesso dei beni del defunto. Come si spiega che nell'art. 943 apparisca avere una semplice facoltà di accettare l'eredità, l'erede che nell'art. 925 apparisce avere, prima ancora di accettare o no l'eredità, un diritto sull'eredità, il possesso legale di questa, la cosiddetta *saisine héréditaire* del diritto francese? Che cosa si prescrive in virtù dell'articolo 943? Una facoltà o un diritto? Egli è chiaro che le condizioni della prescrizione sono diverse nell'una ipotesi e nell'altra. Ed egli è quindi chiaro altresì che non si può procedere oltre nello studio della proposta questione, se prima non si toglie di mezzo l'apparente contraddizione fra l'art. 925 e l'art. 943.

A tal fine occorre investigare che cosa sia propriamente il cosiddetto possesso legale dell'erede chiamato, il quale non ha ancora accettato nè rifiutato l'eredità.

A questa domanda è facile rispondere, pensando all'origine di quel concetto. Il nostro legislatore lo desunse dal Cod. civ. francese, al cui art. 724 è sostanzialmente identico l'art. 925 del Cod. civ. italiano. E nel Cod. civ. francese esso ha una origine meramente storica, è una di quelle che i sociologi odierni chiamano *sopravvivenze*, a cui manca oramai ogni ragione e funzione. Ciò pose in chiaro fra gli altri il MAILHER DE CHASSAT (*De la rétroactivité*

des lois, Paris, 1845, vol. II, pag. 195 e seguenti). Nell'antico diritto francese il principio *le mort saisit le vif*, che si completava colle parole *le plus proche héritier légitime*, significava la successione legittima, *necessaria*, dei prossimi parenti. Ma non lo si volle abbandonare anche dopo che nel giure consuetudinario e poi nel *Code civil* nessuna successione ereditaria era più *necessaria*, ed era invalsa la libertà di testare. Lo si volle invece applicare a tutti quanti gli eredi, compresi i testamentari, o *légataires universels*, nel mentre a tutti quanti gli eredi chiamati si riconosceva il diritto o la facoltà di accettare, o no, l'eredità. L'amore e l'abitudine dell'antico, mentre pure lo si modificava sostanzialmente, impedì di por mente o di dare la dovuta importanza all'idea nuova, che all'antica veniva non già innestata, ma sostituita. Che cosa ne è derivato? Un sistema insostenibile, come dice lo stesso MAILHER DE CHASSAT (*Ib.*), e quale fu più volte giudicato anche dalla giurisprudenza. Così, per esempio, la Cassazione di Bruxelles, in un giudicato del 27 marzo 1870, e in un altro del 20 novembre 1890 (*Pasic. belge*, 1879, I, 188; 1890, I, 15) ebbe a dichiarare che le due massime *le mort saisit le vif*, e *nul n'est héritier qui ne veut*, insieme combinate, fanno sì che la finzione della *saisine* debba necessariamente subire una restrizione, poichè l'effetto della *saisine* dipende dall'accettazione dell'eredità.

Se nell'attuale diritto francese la *saisine héréditaire* è ormai un concetto senza contenuto, fu certamente malaccorto il legislatore italiano, come io ebbi già in altro luogo a dichiarare (vedi la mia *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª edizione, vol. III, vol. IV, pag. 257 e seguenti), nell'introdurlo nel nostro diritto, col nome di *possesso di diritto* dell'eredità deferita, e ancora non accettata nè rifiutata.

Non si avvide il nostro legislatore che, ammesso il principio nessuno essere erede, il quale nol voglia, non accetti, cioè, la successione deferitagli, era logico e solo logico partito seguire il sistema romano, nel quale soltanto coll'adizione o accettazione si acquista un concreto diritto sulla eredità, e prima dell'adizione o accettazione non vi ha che *delazione* dell'eredità, e quindi soltanto possibilità di divenire erede, cioè mera facoltà di accettare, la quale facoltà può anche dirsi diritto, ma è diritto senza concreto contenuto. *Delata hereditas intelligitur, quam quid possit adeundo consequi* (l. 131, Dig. *de V. S.*). A che pro intorbidare un sì chiaro e sem-

plice sistema di concetti, introducendo, fra la delazione dell'eredità e l'accettazione di questa, il possesso *ipso iure*, o possesso legale dell'eredità? Che significa codesta espressione? A che serve codesto possesso legale? Dice LAURENT (IX, n. 233 e seg.): “la *saisine* non è che la continuazione della persona del defunto „, e sta bene, ma la realtà di questa continuazione dipende appunto dall'accettazione dell'erede, la quale, retrotraendo il suo effetto al giorno della delazione dell'eredità (1) impedisce la discontinuità fra il possesso del *de cuius* e quello dell'erede, abbia questi o no realmente posseduto l'eredità nell'intervallo di tempo fra la delazione e l'accettazione. In questo senso soltanto va concretamente inteso non solamente il nostro art. 925, ma anche l'art. 693, il quale ripete il concetto dell'art. 925. Si dirà che in virtù del possesso legale l'erede chiamato, il quale non ha ancora accettato, può adoperare gli interdetti possessori rispetto alle cose ereditarie? Ma siffatto esercizio degli interdetti possessori, consentitogli dall'articolo 935, al pari delle altre facoltà attribuite da questo articolo al possessore legale dell'eredità, risponde semplicemente al concetto di curatore dell'eredità giacente, quale è appunto ogni eredità fino a tanto che non viene accettata. Il concetto romano della *hereditas iacens*, rappresentata da un curatore (v. l. 22, Dig. *de reb. auct. iud. possid.*) è stato, come chiarirò in sèguito, male interpretato e mutilato dalle legislazioni francese e italiana, le quali in parte lo surrogarono inutilmente coi concetti di *possesso legale* e di *possessore legale* della eredità non ancora accettata. Rimane dunque veramente concetto senza proprio concreto contenuto, quello del cosiddetto possesso legale dell'eredità. Una volta che il legislatore ebbe adottato il canone romano che senza accettazione dell'eredità deferita non ci può essere erede, una volta che nell'art. 933 è ripetuto l'altro canone romano: *heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur* (l. 54, Dig. *de acquirenda vel omittenda hereditate*), era affatto superfluo che egli ponesse fra la delazione e l'accettazione un cosiddetto

(1) Che però non sia esatto il concetto di retrotrazione della qualità di erede dal giorno dell'adizione a quello della morte del *de cuius*, dimostra l'UNGER (*System*, vol. VI, pag. 27, n. 4).

possesso legale, il quale non è che mera possibilità di un possesso di fatto e di diritto dell'eredità, che la sola accettazione porrà in essere. Pratico effetto esso non ha se non di attribuire aspetto contradditorio al sistema dell'acquisto dei diritti ereditarii, d'intorbidare le idee intorno a questo sistema, d'ingenerare imprecisione di concetti, e di creare imbarazzi agli interpreti e alla giurisprudenza. Miglior consiglio ebbe il legislatore austriaco adottando puramente e nettamente il sistema romano. Vero è che l'esempio francese era stato pur troppo imitato da tutte le legislazioni dei precedenti Stati italiani (Cod. parmense, art. 873; Cod. albertino, art. 979; Cod. delle Due Sicilie, art. 706; Cod. estense, art. 942). E questa circostanza concorre a scusare il legislatore italiano di non avere osato neppure lui di abbandonare quell'esempio.

Affine al sistema italo-francese circa l'acquisto del diritto ereditario è il germanico attuale. Questo attribuisce a chi è chiamato all'eredità la qualità di erede fin dal giorno della delazione, indipendentemente dall'accettazione o adizione di lui, alla condizione che, se egli, dentro un termine stabilito dalla legge, non accetti nè rifiuti il diritto che la legge gli attribuisce, si abbia definitivamente per erede. Leggasi infatti nel § 1942: " l'eredità passa all'erede chiamato salvo (*unbeschadet*) a costui il diritto di rifiutarla "; nel § 1943: " l'erede non può più rifiutare l'eredità, se l'ha accettata, o se ha lasciato trascorrere il termine dentro cui poteva rifiutarla "; nel § 1944: " il rifiuto dell'eredità deve farsi dentro sei mesi "; nel § 1946 " l'erede può accettare o rifiutare l'eredità, non appena la delazione di questa è accaduta ". In questo sistema, adunque, l'erede chiamato è bensì considerato tale dal giorno della delazione (1), ma egli non è in realtà più che un erede possibile, il quale diventa effettivo o in virtù dell'accettazione, o in virtù del ritardato rifiuto di accettare al di là di sei mesi. Questo sistema differisce in meglio dall'italo francese soltanto in ciò che abbrevia il periodo *deliberandi*, e l'ommesso rifiuto dentro questo termine fa equivalere ad accettazione. Poichè sostanzial-

---

(1) Nel progetto di *prima lettura* del Cod. civ. germanico, nel § 2025 era detto che: il passaggio dell'eredità accadeva per virtù di legge *(Kraft des Gesetzes)*. Codesta espressione è stata ommessa nella lezione definitiva.

mente affini, i due sistemi, italo-francese e germanico, vale anche per questo la censura che io ho fatta di quello. Sia pure più chiaro il concetto di erede di quello di possessore legale dell'eredità; abbia pure l'accettazione dell'eredità piuttosto l'aspetto di riconoscimento e conferma, che di acquisto di un diritto nuovo, e il rifiuto dell'eredità piuttosto l'aspetto di uno spogliarsi di un diritto già posseduto, che di rifiuto di acquistarlo; ma la realtà delle cose è la stessa nel sistema germanico e in quello italo-francese. Realmente erede nell'un sistema e nell'altro è soltanto chi, nel termine stabilito dalla legge, dopo la delazione della eredità, assume veste legale di accettante; realmente in entrambi i sistemi ciò che la legge accorda a colui, cui l'eredità è stata deferita, non è che la facoltà di accettarla o di rifiutarla; realmente in entrambi i casi si è erede fin dal giorno della delazione in virtù di un fatto volontario posteriore, dell'accettazione, cioè, o del mancato rifiuto dell'eredità deferita, e dell'effetto retroattivo di codesti fatti fino al giorno della delazione.

I fautori della dottrina dell'acquisto del diritto ereditario, basata sul canone *le mort saisit le vif*, osservano che soltanto con questa dottrina si dà base giuridica al *ius transmittendi* il diritto di accettare l'eredità ai proprii eredi. Ciò è detto anche nei Motivi del Cod. civ. germanico (vol. 4°, p. 480). Ma è argomento infondato. Imperocchè non è d'uopo chiamare possessore legale dell'eredità, o addirittura erede, il chiamato all'eredità che non ha ancora accettata, per attribuirgli il *ius transmittenti*. Questo diritto infatti ammette pure il diritto romano, non di regola bensì, ma in alcuni casi soltanto; ma se inconciliabile esso non fosse col canone della necessità dell'adizione, il diritto romano non lo ammetterebbe in nessun caso. Su che cosa cade il *ius transmittendi*? Sul diritto di accettare l'eredità. E che cosa può mai impedire al legislatore odierno di accordare, per regola generale, la trasmissione ereditaria di questo diritto? È poi tanto poco necessaria la premessa *le mort saisif le vif* per giustificare tale regola, che il Cod. civ. italiano, all'art. 939, fa passare agli eredi di colui che morì senza accettare una eredità deferitagli, non già il possesso legale, ma il *diritto di accettare* quella eredità.

È anche detto nei Motivi del Cod. civ. germanico (*Ib.*, p. 486) che il sistema da questo adottato circa l'acquisto del diritto ereditario ha il vantaggio di eliminare il concetto della eredità

giacente. Anche questa è una asserzione infondata. L'eredità è sempre giacente finchè non vi ha un erede accettante, e non è infatti, come già poc'anzi ho accennato, che un curatore di eredità giacente, un *negotiorum gestor*, ma non *pro haerede gestor*, il possessore legale dell'eredità, a cui l'art. 724 del *Code civil* e l'articolo 935 del Cod. civ. italiano attribuiscono varie mansioni nell'interesse dell'eredità, non eccedenti la semplice amministrazione. Più saviamente però nel diritto romano il curatore dell'eredità giacente viene nominato dal giudice, sia d'ufficio (l. 3, Dig. *de cur. fur.*; l. 1, § 4, Dig. *ad mum.*; l. 8, Dig. *quib. ex caus.*; l. 1, § 1, Dig. *de cur bon.*; l. 22, § 1, Dig. *de reb. arret.*), sia dietro istanza dei creditori (l. 23, § 2, Dig. *de her. inst.*). E lo stesso Cod. civ. germanico provvede similmente, perchè il § 1958 statuisce che " prima dell'accettazione dell'eredità non si può far valere giudizialmente contro l'erede una pretesa contro l'eredità ,, e il § 1960 statuisce che " fino all'accettazione dell'eredità, il Tribunale competente deve provvedere per la sicurezza del patrimonio ereditario ,. Cotesti provvedimenti non rispondono essi al concetto di eredità giacente? Come mai gli autori del Cod. germanico non hanno avvertito contraddizione fra coteste disposizioni e l'anzidetta lor tesi? Vi ha qui, a mio avviso, una imprecisione di concetti circa l'eredità giacente, frutto della stessa imprecisione del concetto di erede, applicato al chiamato che non ha ancora accettato nè rifiutato l'eredità. E la stessa imprecisione, e per la stessa causa, riscontrasi nel diritto civile italiano. L'art. 935 non consente all'erede chiamato, che non ha ancora accettato l'eredità, altri atti che semplicemente conservativi, di vigilanza e di amministrazione, ma dell'eredità giacente dà nell'articolo 980 un concetto il quale comprende soltanto il caso d'ignorato erede, o di rinunzia degli eredi testamentari o legittimi, non anche quello di un possibile erede conosciuto, il quale non ha ancora accettato nè rifiutato l'eredità.

Dalle fin qui esposte considerazioni, è giustificata la conclusione, che veramente è una *facoltà*, non un *diritto* l'oggetto della *prescrizione* di cui è parola nell'art. 943; che nessun diritto concreto ha l'erede il quale non ha ancora accettato l'eredità; che il *possesso legale*, che l'art. 925 gli attribuisce, non è un diritto concreto, ma tutt'al più un semplice stato di fatto, un possesso di fatto, che la legge consente allo erede chiamato, e che soltanto l'accettazione converte in istato di diritto.

Se ciò è, l'espressione *prescrizione* adoperata nell'art. 943 è certamente male applicata, erronea. È questa un'altra di quelle imprecisioni di concetto, a cui ho detto dare occasione quella mera parvenza di qualche cosa, che è il possesso legale di chi non ha ancora nessun diritto sull'eredità. Una facoltà non può perdersi per prescrizione; i soli diritti lo possono, ed anzi le sole *azioni nate*, che da veri e proprii diritti provengono. Una facoltà si può soltanto perdere per decorso del tempo, ma cotesta perdita per tal motivo non è prescrizione, come quel decorso di tempo non è termine prescrizionale.

Non è nuova codesta riflessione. Pare che l'abbia fatto lo stesso autore del progetto del Cod. albertino, il quale (vedi Capaldo, *loco cit.*) nell'art. 42, corrispondente all'art. 977 di quel Codice, e all'art. 943 del Cod. civ. italiano, aveva detto: *la facoltà... si perde.* Fu il Senato di Piemonte a sostituirvi le parole *si prescrive.* A caso forse il progetto di Cod. albertino conteneva quella più esatta dizione; e il Senato di Piemonte credette di correggere un errore, riportando la dizione francese, erronea davvero.

Non è al certo cosa lieve l'imputare al legislatore imprecisione, anzi improprietà di linguaggio; ma nel caso presente l'asserirlo non è di certo soverchia arditezza, perchè l'evidenza vi costringe. Ed egli è ora doveroso còmpito di chi ha dimostrato l'inesattezza del concetto di prescrizione nell'art. 943, farsi a determinare i veri e proprii effetti di questa impropriamente detta prescrizione, effetti che non può non trovarsi grandemente imbarazzato nel determinare chi di quella improprietà non si accorse.

Non essendo vera prescrizione quella di accettare l'eredità, ne consegue che le cause di sospensione della vera e propria prescrizione a quella non si possono applicare. Essa decorre quindi anche in confronto e a danno delle persone indicate nell'art. 2120, capoverso primo. D'interruzione poi di tale prescrizione non è luogo a parlare, perchè ella non può manifestamente consistere che nell'accettazione dell'eredità.

Da quando decorre la cosidetta prescrizione della facoltà di accettare l'eredità? La maggior parte dei commentatori la fanno decorrere non già dal giorno in cui l'eredità è stata deferita, ma da quello in cui l'erede chiamato venne a conoscere la delazione; Laurent (IX, n. 493) è forse il solo a professare l'opposta opi-

nione (1). Io sono d'avviso che l'opinione dominante sia la più giusta. Ciò perchè non è quella una vera e propria prescrizione, epperò nessun valido giuridico motivo può opporsi a quella opinione, la quale è, del resto, per sè medesima equa e razionale. E ciò riconosce lo stesso nostro legislatore, quando nell'art. 959 statuisce che l'erede in possesso reale dell'eredità, il quale voglia adirla beneficiariamente, deve compiere l'inventario dentro tre mesi a contare dalla notizia della devoluta eredità (2).

Se i trent'anni decorrono senza che l'erede chiamato abbia accettato o rifiutato l'eredità, e in tutto quel tempo nessun terzo abbia posseduto le cose ereditarie, quale diritto rimarrà ulteriormente all'erede chiamato?

Arntz (*Dir. civ. franc.*, vol. II, n. 1430) opina, che essendo una semplice facoltà giuridica imprescrittibile di sua natura, l'erede chiamato potrà sempre accettare l'eredità. Questa opinione è erronea. È mera facoltà bensì, non diritto quello dell'erede chiamato, e va lodato l'Arntz di averlo avvertito, ma poichè la legge ha posto un limite di tempo all'esercizio della facoltà di accettare, non è possibile che questo esercizio si protragga al di là di quel limite. Inavvertitamente l'Arntz con quella pronuncia confonde l'accettazione colla petizione dell'eredità. Quest'ultima bensì, al pari della rivendicazione, è imprescrittibile finchè le cose, su cui possono cadere, non sono possedute da altri *animo domini*.

Se allo spirare del trentennale silenzio dell'erede chiamato, un terzo trovasi aver compiuto il trentennio del possesso *animo domini* di cose ereditarie, possesso cominciato prima della delazione dell'eredità, o nello stesso giorno di questa, avrà quel terzo acquistato la proprietà di quelle cose? E dopo quel trentennio sarà un terzo anche liberato dalle obbligazioni che per avventura avesse verso l'eredità, in virtù di prescrizione estintiva?

L'Arntz (loco cit.), il Laurent (*Ib.*, n. 515) e molti altri commentatori sono di avviso affermativo. Codesta opinione sembra

(1) Seguita pure dalla surriferita sentenza della Corte d'appello di Napoli, 17 marzo 1909.

(2) La l. 22, § 1, Cod. *de iure delib.*, vuole, nel caso che essa contempla, la rinunzia all'eredità entro tre mesi *ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse vel vocatum heredem*.

sulle prime errata (1). Imperocchè non sembra potersi reputare incurante dei proprii diritti l'erede chiamato che non ha ancora accettato l'eredità, e che questa accettazione non ha fatto, perchè la legge gli dava il diritto di protrarla per un trentennio. Ma d'altra parte il disposto generale e categorico dell'art. 2135, disposto giustificato, come è noto, da ragioni di ordine pubblico, non può patire eccezioni. Nè propriamente si può dire che l'erede chiamato non avesse facoltà di interrompere la prescrizione che si andava preparando a benefizio di terzi, e a danno dell'eredità. Questa facoltà egli l'aveva, perchè l'art. 935 gli consente atti puramente conservativi, di vigilanza, e anche di amministrazione temporanea. Non gliene fa obbligo bensì, come glielo faceva, credo saggiamente, l'art. 942 del Cod. civ. estense, ma il suo interesse ve lo doveva spingere.

Che però anche l'erede chiamato successivamente al primo possa, anch'egli, come afferma l'Arntz (*Ib.*), prescrivere l'eredità durante il trentennio d'inazione e silenzio di quel primo, io non credo si possa ammettere. Imperocchè nessun erede chiamato è vero erede, acquista, come tale, diritto sulle cose ereditarie, se non ha accettato l'eredità, ma accettar non può il secondo erede chiamato, se il primo non ha rifiutato l'eredità, oppure per trent'anni non l'abbia nè accettata nè rifiutata. Contrariamente pensando, si introdurrebbe un nuovo modo di acquisto del diritto ereditario, sconosciuto affatto alla legge, la quale non ne ammette che uno solo, cioè l'accettazione, espressa o tacita (art. 934).

Decorso il trentennio senza che l'erede chiamato abbia accettato o rifiutato l'eredità, il diritto di accettarla o rifiutarla passa certamente *ipso iure* all'erede chiamato dopo di lui. E comincia certamente del pari per costui un nuovo periodo trentennale fino al decorso del quale egli può accettare o rifiutare l'eredità. Che se anche il secondo chiamato lascia trascorrere il trentennio senza accettare nè rifiutare, altri trentenni egli è astrattamente possibile che si succedano nello stesso modo e collo stesso effetto. Astrattamente dico; concretamente no; e su questo punto ritornerò fra poco. Che se alla fine di un trentennio, decorso senza accetta-

(1) E tale la dichiarò la Corte d'appello di Napoli, 23 novembre 1903 (*La Corte d'appello*, 1904, pag. 44).

zione nè rifiuto di eredità, non vi siano, o non vi siano più eredi chiamati, il patrimonio ereditario diventerà successione dello Stato (art. 758 Cod. civ.), il quale non la può rifiutare.

Avveratasi l'accettazione, espressa o tacita, dell'erede chiamato, questi diviene veramente erede, il di lui cosidetto *possesso legale* diventa vera e propria successione ereditaria, il *diritto di succedere* tramutasi in lui in *diritto di successione*. Ed egli può da quel momento spiegare petizione dell'intiera eredità, o di singole cose ereditarie, che siano da altri possedute. La quale petizione di eredità, bene osserva il LAURENT (*loc. cit.*), non vuolsi confondere colla prescrizione del diritto di accettare o rifiutare l'eredità (1). Invero, mentre dall'omesso esercizio della facoltà di accettare o rifiutare può soltanto desumersi una eccezione sia a favore dell'erede chiamato non accettante, sia a favore di terzi contro di lui che accampino diritto di erede, è invece un'azione la petizione dell'eredità per parte dell'erede chiamato accettante; azione che egli può esperire contro chiunque detenga senza giusto titolo cose ereditarie. Ed è perciò azione reale, benchè non sia d'indole reale il diritto ereditario (2).

Tali sono gli effetti o conseguenze giuridiche, dirette e indirette, della cosidetta *prescrizione della facoltà di accettare l'eredità*, desunte dall'esatto concetto di essa e del cosidetto *possesso legale* dell'erede chiamato, che non ha ancora accettato o rifiutato l'eredità.

Non vi ha dubbio che, astrattamente considerato, il sistema del Cod. civ. francese e del nostro presenta il grave inconveniente di una possibile, troppo lunga, e magari indefinita sospensione del vero e proprio e concreto diritto ereditario. Il quale inconveniente sembra ancor più grave nel diritto romano, il quale non prestabilisce nessun termine all'edizione ereditaria. In concreto però, come già poc'anzi ho accennato, siffatto inconveniente è impossibile. Imperocchè egli è anzitutto vero, ciò che è detto nei Motivi

(1) Della petizione dell'eredità in nessun luogo parla il Cod. civ. francese e il nostro, laonde fu detto che i relativi principii si devono desumere dal diritto antico (SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, n. 37-39).

(2) L'UNGER (*Syst.*, vol. I, pag. 511 e seguenti) svolge magistralmente la distinzione dei due concetti: *diritto reale* e *azione reale*.

del Cod. civ. germanico (*loco citato*), cioè che ben raramente le eredità non vengono accettate, o puramente o col beneficio dell'inventario. Oltre a ciò è nell'interesse dei creditori, sia del *de cuius*, sia dell'erede, dei legatari, e anche degli eventuali eredi chiamati successivi, eccitare il primo chiamato a dichiarare se accetta o no. Ciò la legge riconosce, e ne dà i mezzi, all'art. 950, consentendo che dietro istanza degli interessati il giudice fissi un termine per la dichiarazione dell'erede, o statuisce che, decorso questo termine senza che l'erede abbia fatto dichiarazione, l'eredità s'intenda ripudiata. Lo stesso principio giuridico era scritto nel Cod. albertino (art. 979). Il Cod. civ. italiano poi (art. 959, 962) statuisce reputarsi accettare l'eredità il chiamato erede, il quale non compie dentro un certo tempo l'inventario cominciato dentro tre mesi dalla delazione, se egli è in possesso dell'eredità, oppure dal giorno fissato dal giudice, se egli non è in possesso dell'eredità, e furono promosse istanze contro di lui.

Non parmi però soverchia arditezza il proporre che nella progettata revisione del Cod. civ. il nostro legislatore fissi termine, assai minore di trent'anni, dentro il quale l'eredità possa venire accettata, e decorso il quale senza contraria dichiarazione l'eredità debbasi reputare non già accettata, come statuisce il Cod. civ. germanico, ma rifiutata. Nel diritto romano, c'era pure un termine per l'adizione della *bonorum possessio pretoria* (§ 9, Ist. *de bon. poss.*); se nel giure giustinianeo sia prefisso un termine per l'adizione della *hereditas*, discutesi oggi fra gli interpreti della nota l. 19, § 1, Cod. *de iure delib.* Fino a VANGEROW lo si ritenne dai romanisti; oggi molti di questi non lo ammettono più, per le ragioni addotte da quello (vedi WINDSCHEID, *Lehrb. d. Pand.*, § 598, in nota). Ma il termine di soli sei mesi, stabilito dal Cod. civ. germanico, ci parrebbe troppo breve e ciò fu osservato anche in Germania (vedi Motivi, ecc., *Ib.*). Parrebbemi che potesse essere termine conveniente quello di un anno, che per la *bonorum possessio* romana era prestabilito ai discendenti e ascendenti, e che molti romanisti ritennero e ritengono stabilito anche da GIUSTINIANO nella l. 19, Cod. *de iure deliberandi*, ecc., 6, 30.

La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie.

È tutt'altro che pacifica nella scienza giuridica e nella giurisprudenza la tesi, che la condizione risolutiva, ammissibile nei legati, lo sia del pari nelle disposizioni testamentarie a titolo universale.

Fra i romanisti è certamente prevalente l'opinione negativa. Nel testo romano non trovansi che argomenti indiretti a prò di tale opinione: V. l. 88, D. *de her. inst.;* l., 3 § 10, D. *de minor.*; l. 3, § 2, D, *de lib. et posth.*; l. 15, § 4, D. *de testam.*, ma da questi indiretti argomenti molti romanisti credono di potere inferire quell'opinione con sufficiente sicurezza. Per non citare che i più recenti, non ammette la condizione risolutiva nella istituzione di erede l'Arndts (*Lehrb. d. Pand.*, 2ª ediz., § 295, *n.* 1 e § 8, *n.* 3), basandosi sul canone che *hereditas ex die, vel ad diem non recte datur* (l. 34, D. *de hered. istit.*). Non l'ammette Windsheid (*Lehrb. d. Pand.*, § 554, 4), basandosi sullo stesso argomento, e, di più, argomentando a *contrariis*, cioè dall'essere la condizione risolutiva ammessa pel soldato (l. 15, § 4, D *de testam. mil.*). Non l'ammette il Savigny (*Syst.*, vol. III, pag. 218) basandosi sulla l. 88, D. *de her. instit.: non potest.... efficere ut qui semel heres extiti, desinat heres esse*; sulla l. 3, § 2, D. *de lib. et posth.: post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod impossibile est*; e sulla l. 3, § 10, *de minor: sine dubio heres manebit qui semel heres extitit.* E per consimili ragioni sono dello stesso avviso Thibaut (*Civ. Arch.*, V, 137), Mühlenbruch (XX, 190), Puchta (*Lehrb. d. Pand.*, § 475),

e Vangerow (*Pand.*, III, § 434), Keller (*Instit.*, § 491), Dernburg (*Pand.*, 3°, § 82), Waechter (*Pand.*, § 298, n. 8). Per quasi tutti i moderni romanisti la condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede si deve avere per non scritta. Soltanto alcuni vorrebbero che la si interpretasse sospensivamente, opinione combattuta da Vangerow (*Ivi*); il Windscheid vorrebbe che, per dare effetto alla volontà del testatore, l'istituito risolutivamente dovesse passare al sostituto la eredità come legato, opinione fortemente combattuta da Czyhlarz (*Resolutivbedingung*, p. 25).

La prevalente opinione dei romanisti, contraria alla condizione risolutiva nelle istituzioni di erede, non ha impedito che l'opinione opposta venisse esplicitamente accettata in alcune legislazioni civili moderne, come p. es. nel Codice civile austriaco, nel Codice civile sassone e nel Codice civile germanico. Il Codice civile austriaco contempla espressamente nel § 708 le condizioni *negative* e *risolutive* apposte alla istituzione di erede od al legato, e statuisce che, verificandosi la condizione, il sostituito abbia verso l'istituito gli stessi diritti che ha il fedecommissario verso il fiduciario. Il Codice civile sassone (§ 2013) contempla pure la condizione risolutiva nella risoluzione di erede. Notisi che entrambi i detti codici, contrariamente alla dottrina romana, ammettono anche le istituzioni di erede *ex die* e *in diem*. Anche nel Codice civile germanico è fuor di dubbio ammessa la condizione risolutiva nelle istituzioni di erede. Imperocchè le condizioni risolutive sonvi contemplate nella Parte Generale (§ 129) come modalità possibili, di ogni specie di giuridici negozî, quindi anche del testamento e di ogni disposizione testamentaria. Oltracciò lo stesso Codice ammette (§ 2103) che si possano istituire più eredi, di cui uno (*Nacherbe*) sottentri ad altro anteriore al verificarsi di una condizione, il quale istituto è ancor più contrario della condizione risolutiva al canone romano *semel heres sempre heres*.

Nella giurisprudenza italiana sono pure discordi le opinioni, ma è maggiore il numero delle decisioni che ammettono la condizione risolutiva nella istituzione di erede, di quello delle decisioni contrarie.

La prima opinione professarono: Cass. di Napoli, 9 sett. 1874 (*Giur. it.*, 1874, I, 690), Cass. di Torino, 20 maggio 1882 (*Ib.*, 1882, I, 450), Cass. di Palermo, 30 settembre 1892 (*Foro it.*, 1893, I, 604), App. di Brescia, 13 febbraio 1864 (*Mon. di Trib.*, 1884, 573), App.

di Palermo, 15 maggio 1894 (*Giur. it.*, 1894, II, 610), C. Torino, 14 marzo 1905 (*Ib.*, I, 1905, I, 843). La seconda opinione professarono: C. di Roma, 3 luglio 1889 (*Legge*, 1890, II, 361), Cass. di Napoli, 20 ottobre 1908 (*Foro it.*, 1904, 423), App. di Brescia, 10 febbraio 1890 (*Giur. it.*, II, 250), e 6 dicembre 1900 (*Foro it.*, Rep. 1900, voce *Lucc.* n. 125).

Fra i civilisti italiani sono per la validità delle condizioni risolutive apposte alla istituzione di erede, il Pescatore (*Filosof. e dott. giur.* pag. ?), il Borsari (*Comm. cod. civ.*, art. 851), il Cuturi (*Sostit. fidecomm.*, p. 325 e seg.), il Pacifici-Mazzoni (*Success.*, vol. 3, n. 168, 199), il Lomonaco (*Istit.*, vol. 2, n. 97), il Gianturco (*Istit.*, § 109, 3), il Borsari (*Comm.*, III, § 1831), il Losana (*Succ. Testam.*, pag. 1371), il Bellavite (*Note di dir. civ.*, pag. 3211), il Butera (*La cond. risol. nelle istit. di erede, Filangieri*, anno XXIX, p. 161), e l'avv. G. Grassi (*Mon. di Trib.*, 1909, p. 81 e 99) e in Fadda (Giorn. *La Corte d'appello*, 1910, n. 4). La negano il Ricci (*Comm.*, III, n. 237), il Doveri, *Istit.*, II, 479 i-n), il Chironi (*Istit.*, vol. I, p. 104), il Brezzo (*Studi scient. prat.*, pag. 34 e seg.), il Venezian (*Usufrutto*, vol. I, p. 341).

. . . .

Vi hanno due diversi modi di intendere la condizione risolutiva apposta al testamento e l'efficacia sua.

Vi ha chi intende che la eredità, lasciata sotto condizione risolutiva, non faccia che passare dall'istituito a chi diventa erede quando la condizione si verifica; e vi ha chi al verificarsi della condizione risolutiva reputa cancellarsi affatto il nome e la memoria dell'istituito, e ogni effetto della sua adizione, e l'erede sottentrato a lui, essere tale e far valere il suo diritto in tutti gli effetti suoi retroattivamente fino alla morte del *de cujus*.

Il primo modo di intendere è manifestamente seguìto dal Codice civile austriaco, il quale (§ 708) dà all'erede sotto condizione risolutiva gli stessi obblighi e diritti del fiduciario verso il sostituto fedecommissario, cioè (§ 608) gli dà un diritto limitato di proprietà, a modo di usufrutto, sino al verificarsi della condizione. Codesto modo di intendere la istituzione in discorso, non è certamente il vero, ma è tale soltanto il secondo. Imperocchè in quella guisa la istituzione in discorso non differisce affatto da una sostituzione fedecommissaria, benchè il Codice austriaco distingua a parole i due istituti. Come al verificarsi della condizione sospen-

siva l'erede acquista retroattivamente tutti i diritti, e assume tutti gli obblighi ereditari sino dal giorno della morte del *de cujus*, così, per converso, al verificarsi della condizione risolutiva, chi diventa erede fa valere questa qualità sua, sia pei diritti, sia per gli obblighi, totalmente, senza restrizione alcuna, fino a quel momento. Per l'una condizione e l'altra vale il canone: *conditio existens retrotrahitur ad initium negotii*, tanto più che la condizione, risolutiva, per l'erede a cui è imposta, è sospensiva per chi deve avere l'eredità al verificarsi di essa.

Gli è appunto perchè l'istituzione di erede sotto condizione risolutiva può intendersi coll'effetto di far passare la eredità ad un altro, che essa viene spesso adoperata onde eludere il divieto della sostituzione fedecommissaria, dove questo divieto esiste. E la giurisprudenza italiana è ricca di casi di tal genere, difficili spesso a discernere e colpire. Ad evitare una tale confusione di istituti diversi, non vi è altro mezzo che l'applicazione rigorosa della regola suddetta, cioè che, verificata la condizione risolutiva, sparisce del tutto l'erede istituito, con tutti gli effetti giuridici a lui vantaggiosi della sua adizione, e non meno per il passato, cioè retroattivamente, che per l'avvenire. Dico gli effetti vantaggiosi all'erede condizionato, e questi soltanto; onde non è dubbio che gli atti d'amministrazione posti in essere da quello, e non infetti di dolo, conservano il loro valore, e, come osserva il Venezian (*Ib.*, p. 334), le servitù attive da esso acquistate, e il possesso, da lui tenuto, approdano all'erede definitivo. Che poi debba questi sopportare, come pure osserva il Venezian, il deterioramento delle cose ereditarie, causate dall'uso normale fattone dall'erede condizionato, tendente la condizione, io non vedo con qual buona ragione si possa sostenere.

Io non posso quindi convenire con quei giuristi, come il Troplong tra i francesi, il Borsari (*l. c.*) e il Brezzo (*l. c.*) fra gli italiani, i quali consentono che, almeno nel caso di buona fede, l'erede istituito possa, non ostante l'avveramento della condizione risolutiva, ritenersi i frutti percetti. Il Brezzo (p. 40) ritiene anzi che il testatore possa validamente riservare i frutti all'erede istituito sotto condizione risolutiva, nel caso di verificata condizione, la qual cosa è anche ritenuta da Windscheid (p. 635, nota 6). Ciò mi pare inconciliabile colla propria natura della condizione risolutiva, anzi di ogni condizione apposta alla istituzione di erede.

Ammettere che la qualità e il diritto di erede sono condizionali, e che, al verificarsi della condizione, la qualità e il diritto di erede non si abbiano a far valere rispetto a tutti gli elementi, e in particolare a tutti i frutti, della eredità, fin dal giorno della morte del *de cujus*, mi pare una contraddizione nei termine. Per me poi chi dice di nominare un erede sotto condizione risolutiva, ed in pari tempo gli riserva i frutti percetti fino al verificarsi della condizione, gli riserva in realtà parte dell'eredità, che toccherebbe all'erede designato al verificarsi della condizione, perchè *fructus augent hereditatem*, e quindi pone in essere una sostituzione fedecommissaria parziale, la quale è certamente inammissibile in diritto civile italiano. Anche il Cuturi (*l. c.*) non intende l'effetto della condizione risolutiva adempiuta, in altro modo che in quello da me propugnato. E questa è anche la esplicita dottrina della Cassazione di Palermo nella suaccennata sentenza, di che io non posso che encomiarla.

Così intesa la efficacia della condizione risolutiva, apposta alla istituzione di erede, io credo, coi civilisti ricordati sopra, che nel diritto civile italiano non la si possa maggiormente ammettere che nel diritto romano, e che, appunto perchè non ammissibile, il nostro Codice civile non l'abbia affatto contemplata.

Vero è che l'art. 848 riconosce in generale potersi una disposizione a titolo universale o particolare, fare anche sotto condizione. Ma se questa menzione di condizione potesse comprendere tanto la condizione risolutiva, quanto la sospensiva, e tanto per la istituzione di erede, quanto per il legato, il legislatore avrebbe poi contemplato a parte la condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede, come ciò fece rispetto alla condizione sospensiva. Invece egli considera a parte e regola soltanto le istituzioni di erede condizionate sospensivamente (art. 857-860 Cod. civ.). E non mancava ragione al legislatore di contemplare la istituzione di erede condizionata risolutivamente, se questa istituzione egli avesse reputato possibile. Imperocchè, come nel caso di istituzione di erede sotto condizione sospensiva, occorre assicurare in pari tempo l'eredità contro il chiamato sotto condizione, e il diritto di questo contro gli eredi legittimi, similmente nel caso di istituzione di erede sotto condizione risolutiva occorrerebbe assicurare l'eredità contro il chiamato sotto condizione, e il diritto dell'erede legittimo o del chiamato al verificarsi della condizione, contro il

chiamato pel primo al possesso dell'eredità. Ora la prima cosa ha fatto bensì il legislatore negli articoli 857-860 Codice civile, ma alla seconda non ha pensato affatto; che se la seconda cosa egli non fece, ciò non può altrimenti spiegarsi, se non perchè non pensò affatto che un erede si potesse istituire sotto condizione risolutiva.

Ancor più notevole e significante è il silenzio del legislatore circa le guarentigie dei diritti che rimangono sospesi pendenti la condizione risolutiva, al riflettere che egli non ha mancato di occuparsene e di definirli rispetto alla istituzione di erede condizionata *al non fare o al non dare*. Che questa sia una condizione potestativa, e in pari tempo risolutiva, non è dubbio, e quindi non può altrimenti spiegarsi il silenzio della legge rispetto a tutte le altre condizioni risolutive, se non supponendo e ritenendo che il legislatore non reputò ammissibile in generale l'istituzione di erede sotto condizione risolutiva, ma soltanto reputò tale quella alligata a condizione risolutiva negativa potestativa. Del resto, osserva opportunamente il VENEZIAN (*l. c.*), che la condizione di *non fare* o di *non dare*, contemplata nell'art. 855 Cod. civ. (1), si traduce in una sospensiva opposta, e che la cauzione muciana vale, come dice il WINDSHEID (*l. c.*, § 554), adempimento della condizione, e obbligo assunto dall'erede condizionato, il quale, in virtù di essa cauzione, anzichè del testamento, restituirà l'eredità, se l'avvenimento posto in condizione verrà a verificarsi. Per tutte le altre condizioni risolutive, oltre a quella di *non fare* o di *non dare*, la manifesta impossibilità di conciliare il silenzio del legislatore circa le guarentigie dei diritti sospesi pendente la condizione risolutiva, col proposito di ammettere in generale istituzioni di erede in tal modo condizionate, è un insuperabile obbietto contro l'argomento che l'illustre PESCATORE vorrebbe appunto desumere dallo speciale disposto dell'art. 855.

Che se l'art. 852 non vale a sostegno della opinione da me combattuta, neppur vale l'argomento desunto dall'art. 850, che ammette la istituzione in erede della moglie superstite, colla condizione di vedovanza. Imperocchè è questa appunto una condizione

(1) Alla specie di condizioni contemplate nell'articolo 855 si riduce manifestamente la condizione mentovata nell'art. 850 Cod. napoleonico.

risolutiva negativa potestativa, la quale ha pur certamente la conseguenza che gli eredi legittimi del marito possano pretendere dalla vedova la cauzione muciana.

Ma, oltre alla indiretta deduzione della mia tesi da ciò che il nostro legislatore non dice, io credo col VENEZIAN (*l. c.*) che essa possa anche argomentarsi da ciò che egli afferma rispetto ad un argomento affine. L'articolo 851 ha, per non apposto ad una disposizione testamentaria a titolo universale, tanto il termine *a quo*, quanto il termine *ad quem*, e anche a me pare che di qui alla inammissibilità di una condizione risolutiva, apposta ad una tale disposizione, sia logica la illazione. Imperocchè tanto la condizione risolutiva, quanto il termine fanno sì che cessi di essere erede chi lo era prima, e, rispetto al termine in particolare, questo solo può essere il motivo dell'inefficacia sua, poichè in esso, a differenza dalla condizione risolutiva, chiara è la intenzione del testatore che l'erede nulla restituisca di ciò che pendente il termine abbia ricevuto dalla eredità.

L'illustre PESCATORE, il prof. CUTURI ed altri desumono altresì un argomento, in favore della condizione risolutiva apposta a una disposizione testamentaria a titolo universale, dalla relazione giuridica fra coeredi, dei quali alcuni siano vincolati da condizione sospensiva. In questo caso, dice il PESCATORE, i coeredi, non vincolati da condizione sospensiva, lo sono in realtà da condizione risolutiva, in quanto, al verificarsi della condizione, essi acquistano ciò che gli altri perdono.

Mi pare questo anzitutto un sofisma. Imperocchè nel supposto caso l'intendimento del testatore è di avere uno o più eredi sotto condizione sospensiva, ed altro o altri eredi semplicemente, e non in parte soltanto tali, e in altra parte condizionati risolutivamente. Se i coeredi senza condizione possono percepire anche la parte degli eredi condizionati, ove manchi la condizione a questi imposta, e sia in pari tempo possibile l'accrescimento, codesto accrescimento è appunto un nuovo acquisto, e non già conferma di un acquisto anteriore, condizionato risolutivamente ad un fatto che non si è verificato. Se no, bisognerebbe dire che, ogni qualvolta un testatore istituisce più eredi congiuntamente, ognuno di questi è istituito condizionatamente in tutta la eredità, il che è assurdo. E poi quell'argomento è in contraddizione manifesta colla legge, la quale ai coeredi non condizionati, fra cui e gli eredi condizio-

nati è possibilile l'accrescimento, non accorda che la semplice amministrazione della parte di eredità deferita ai secondi (articolo 858).

Si può dunque ritenere con buon fondamento che il legislatore non abbia menzionato affatto la instituzione di erede condizionata risolutivamente, perchè non la volle, cioè perchè non ritenne siffatta istituzione possibile, all'infuori dei casi di condizione consistente in un *non dare* o in un *non fare*.

E per me la condizione risolutiva è in generale inammissibile nel testamento, prescindendo affatto dalla origine, meramente storica e formalistica del canone romano, *semel heres semper heres*, per un motivo prettamente giuridico, sicchè assume per me l'aspetto di una vera giuridica impossibilità. E questo motivo è quello già accennato poco sopra, cioè la impossibilità del vero e proprio e puro effetto retroattivo della condizione risolutiva verificatasi.

Poichè infatti l'onorato non dovrebbe nulla percepire, assolutamente nulla, dall'eredità, al verificarsi della condizione risolutiva, poichè le cose ereditarie dovrebbero venire riconsegnate a chi sarebbero devolute in quel caso, come se nessun altro le avesse mai in virtù del testamento possedute, chiaro si è che codesto risultato non è possibile ottenerlo pienamente e rigorosamente, come pur sarebbe necessario, dopo che l'istituito abbia posseduto e amministrato il patrimonio ereditario. Non è possibile, in tesi generale, tanto per riguardo ai rapporti dell'onorato colle cose ereditarie, quanto per riguardo ai rapporti di lui co' terzi. Se in particolare il lascito contenesse cose che con l'uso si deteriorassero, queste non si potrebbero dare neppure in possesso all'onorato, perchè in caso di restituzione si troverebbero deteriorate.

Rispetto ai terzi in particolare, lo avere per non avvenuto tutto ciò che l'erede condizionato avesse con loro posto in essere in buona fede, al di là degli atti dell'ordinaria amministrazione, o di ciò che rientrasse nei limiti di una *negotiorum gestio*, derogando con ciò al canone generale dell'art. 933, sarebbe pei terzi causa di turbamento e danni gravissimi.

Come il lettore avrà già avvertito da sè, l'anzidetta mia osservazione mi porta a non ammettere la condizione risolutiva che non consista in *non fare* o *non dare*, non solo nelle disposizioni testamentarie a titolo universale, ma anche in quelle a titolo particolare, e nei legati. Sorprenderà codesta mia opinione, contraria

alla comune, ma io non posso recederne, perchè mi forza la premessa dell' impossibilità giuridico-pratica di dare il pieno suo effetto all'adempimento della condizione risolutiva, cioè alla retrotrazione della risoluzione. Per me lo avere la legge in modo espresso-implicito permesso il termine nei legati (art. 851), non è anche un implicito permesso che vi si possa apporre una condizione risolutiva, perchè le due modalità del legato sono d' indole affatto differenti, la seconda ripugnante a ragione, la prima no, onde la seconda avrebbe dovuto essere espressamente permessa, perchè lecita fosse, e la prima sarebbe stata ritenuta lecita, anche se il legislatore non l'avesse ammessa esplicitamente. Anche nelle disposizioni testamentarie a titolo non universale l'apposizione di un termine avrebbe potuto reputarsi ammissibile nel diritto nostro, se il legislatore non lo avesse espressamente dichiarato inefficace, benchè, come notai sopra, divietata espressamente l'apposizione del termine ad una tale disposizione, ne viene un nuovo argomento anche pel divieto della condizione risolutiva; ma questa, benchè non divietata, non può ritenersi possibile nè nella istituzione di erede, nè nel legato, perchè neppure avrebbe il legislatore potuto permetterla, essendo essa una giuridica impossibilità.

Non mi si obbietti che il diritto romano ammetta legati sotto condizione risolutiva. Lo dicono molti, ma io credo più fondata la contraria opinione, che è anche la prevalente. Che infatti fino a Giustiniano non fosse possibile condizione risolutiva nei legati, riconosce la maggior parte dei romanisti, i quali poi a provare che Giustiniano accolse la massima opposta, adducono la l. 26, Cod. *de legatis* (1). Ma in questa legge si ammette la validità dei legati e fedecommessi *ad tempus*, i quali sono sempre stati ammessi anche dopo, e lo sono anche nel vigente Cod. civ. italiano (art. 851); ma *un lascito ad tempus* non è la stessa cosa che un lascito sotto condizione risolutiva. Nel primo è manifesta la intenzione che il legatario goda per lo meno dei frutti fino al termine del suo legato; nel secondo invece è manifesto il contrario, come come ho detto più sopra.

---

(1) Venezian (*l. c.*, p. 332, i. n.) adduce a provare la possibilità di un legato condizionato risolutivamente prima di Giustiniano, la l. 3, § 2, *D. de adim. leg.*, e la l. 8, § 2, *D. de leg. I.* Ma la prima legge concerne una condizione risolutiva potestativa-negativa, e la seconda un legato a termine.

Ed anzi il diritto romano suffraga validamente la tesi propugnata da me, perchè appunto i giureconsulti romani avvertirono la sostanziale affinità della condizione risolutiva colla sospensiva, la quale affinità significa appunto che la condizione risolutiva, per sè medesima, e rigorosamente interpretata, esclude ogni e qualsiasi effetto del negozio cui venne apposta, fintantochè non siasi verificata. Ricordisi qui, fra gli altri passi, la l. 2 pr., Dig. *de in diem add.: quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestio est* (poichè è noto che pei Romani sola condizione era la sospensiva, e quella che noi diciamo condizione risolutiva essi esprimevano piuttosto col dire che il negozio *sub conditione resolvitur*). Vero è che il giureconsulto Ulpiano soggiunge (*ivi*) che la vendita sarà condizionale, cioè condizionata sospensivamente, oppure vendita che *sub conditione resolvitur*, secondochè l'intenzione sia stata che *perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur*, oppure *hoc actum est ut, meliore allata conditione, discedatur*. Ma quale sia il proprio e vero effetto della condizione risolutiva nei negozi *inter vivos*, rimane a vedere e dirò fra poco.

La mia opinione nella inefficacia assoluta della condizione risolutiva nei lasciti testamentarî in generale, non si può combattere dicendo che lo stesso argomento da me adoperato sopra la stessa opinione può sostenersi anche rispetto ai negozî *inter vivos*. Imperocchè, mentre nei testamenti la condizione risolutiva deve necessariamente essere interpretata nel modo più rigoroso ed assoluto, in un negozio *inter vivos* invece è altrettanto certo ed evidente che la esecuzione di questo non può essere differita quando e benchè vi sia apposta una condizione risolutiva (art. 1158, 1164 Cod civ.). Epperò, a meno di relativa espressa pattuizione, l'obbligato sotto quella condizione non può essere astretto a dare cauzione pendente la condizione. Che se, al verificarsi della condizione risolulutiva di un negozio *inter vivos*, non è maggiormente possibile l'avere pienamente e rigorosamente *infectum* il *factum*, di quello che al verificarsi della condizione risolutiva in un lascito testamentario, ciò non osta alla ammissibilità di quella condizione nei negozî della prima specie, in virtù appunto e soltanto dell'indole propria di questi, cioè per essere i medesimi *inter vivos* e non *mortis causa*. In realtà la piena e rigorosa risoluzione *ex tunc* non è mai possibile neppure rispetto ai negozî giuridici *inter vivos*;

spesse volte la legge medesima ne limita gli effetti. Vedansi, p. es., art. 1072 Cod. civ. circa la riversione delle donazioni; art. 1080 circa la risoluzione della donazione per verificata condizione risolutiva espressa o tacita; art. 1088 circa la rivocazione delle donazioni per ingratitudine del donatario e per sopravvenienza di figli al donante; art. 1528 circa il riscatto convenzionale; articolo 1308 circa la rescissione per lesione; art. 1511 circa la risoluzione della vendita per verificata condizione risolutiva espressa o tacita; art. 1787 circa la risoluzione del contratto di rendita. E queste limitazioni che la legge appone al vero e pieno effetto risolutivo nei negozi *inter vivos* sono imposte in parte dalla pratica impossibilità, o dai gravi inconvenienti pratici di fare diversamente, in parte, come notai dianzi avere avvertito lo stesso Ulpiano, dalla mira e dall' interesse dei contraenti di dare subito effetto al loro negozio. Ma limitazioni siffatte, e in generale una esecuzione soltanto approssimativa della risoluzione piena ed assoluta, non sono ammissibili in un lascito testamentario, sia eredità o sia legato, senza contravvenire alla certa volontà del disponente, che al verificarsi della condizione risolutiva la cosa passi al secondo chiamato, nulla percependone il primo, che nessuna traccia di questo rimanga nella cosa. A me fa meraviglia che tanti giureconsulti, nello applicare alle disposizioni testamentarie la stessa dottrina delle condizioni risolutive nelle obbligazioni, non si accorgano della difficoltà che a tale argomentazione analogica oppone la differente indole dei negozi.

Per me, come per altri giureconsulti, il più retto modo di intendere ed applicare la condizione risolutiva apposta ad un testamento, consiste nel ravvisarvi una condizione; la condizione cioè: se non si verificherà il fatto, casuale, contemplato dal testatore. Se il testatore, per esempio, nomina erede o legatario taluno alla condizione che, non raggiungendo egli una certa età, il lascito passerà ad un altro, onora in realtà quella persona se e quando raggiungerà quella età. E nel frattempo il lascito sarà amministrato conformemente al disposto dell'art. 857 Cod. civ.

Ma allora soltanto si avrà per sospensiva la condizione enunciata risolutivamente, se per l' indole della condizione apparisca possibile che l'onorato sia in tempo di percepire il lascito allorquando la condizione si verifichi. Imperocchè se, per esempio, taluno istituisse erede un altro colla condizione risolutiva che muoia

con *figli* o *senza figli*, la quale condizione protrarrebbe l'acquisto del lascito fino a morte avvenuta dell'onorato, e quindi lo renderebbe impossibile, tale condizione, a mio avviso, non varrebbe e dovrebbe aversi per non scritta, appunto perchè condizione impossibile, e l'onorato dovrebbesi considerare istituito puramente. Che se il testatore avesse in pari tempo chiamato un secondo onorato, al verificarsi della condizione risolutiva convertita in sospensiva, e questa condizione non potesse verificarsi durante la vita del primo chiamato, in tal caso essa affretterebbe piuttosto la successione del secondo chiamato che quella del primo, e rispetto a quel secondo varrebbe.

Bensì nei legati in particolare bisogna distinguere la condizione risolutiva dal termine incerto, cioè dal *dies incertus* apposto come termine alla durata del lascito. Il *dies incertus* si reputa equivalere a condizione ne' testamenti, allorchè il lascito non è dovuto che da quel giorno; ma quando invece il lascito deve cessare di avere effetto da quel giorno, esso è lascito a termine, e propriamente a termine incerto, e non già lascito condizionato risolutivamente. Vale qui l'analogia del § 3 Inst. *de verb. obl. stipuleris: decem aureos nummos quod vivam dare spondes pure facta obligatio intelligetur*. V. anche § 6 Dig. *de verb. obl.* E consuona con quanto dice l'art. 850 del Codice civile circa il legato di usufrutto, di uso, o di una prestazione periodica per il tempo del celibato o della vedovanza. Venuto il termine, cessa il diritto del legatario, ma questi non può essere obbligato a restituire le prestazioni percepite come se si trattasse di una condizione risolutiva. Onde io non posso convenire colla surriferita sentenza della Cassazione di Palermo, in quanto essa reputa condizione risolutiva la disposizione di un testatore che la vedova sua percipa l'usufrutto lasciatole " fino a quando essa rimanga nello stato di vedovanza ".

In realtà i legati, che si dicono condizionati risolutivamente, sogliono in pratica essere semplici legati *a termine* incerto, e le istituzioni di erede a condizione risolutiva sogliono essere espedienti onde celare una sostituzione fedecommissaria. Il testatore cioè non intende già che, al verificarsi della condizione, diventi erede un'altra persona con pieno e rigoroso effetto retroattivo, ma piuttosto e soltanto che in tale circostanza la eredità passi dal primo chiamato ad un secondo. Lo stesso caso, classico secondo il Borsari (*l. c.*), di istituzione di erede a condizione risolutiva,

sia mio erede Tizio, ma se ricompare Caio, assente, sia erede Caio „, non può intendersi, ove il testatore non aggiunga altro, se non come semplice passaggio della eredità da Tizio a Caio. Se, del resto, una sostituzione fedecommissaria sia invalida per riguardo al sostituito, tanto ove la condizione si avveri alla morte dell' istituito, quanto ove si avveri in un momento della vita di questo, si sa essere quistione nella giurisprudenza nostra; quistione, perchè da una parte vi ha l'art. 899 Cod. civ., il quale non fa nessun cenno di quella distinzione, e dall'altra lo spirito della legge abolitiva dei fedecommessi, e lo stesso concetto tradizionale del fedecommesso sembrano favorire piuttosto l'ipotesi di almeno due persone che per tutta la loro vita ritengano immobilizzato un patrimonio ereditario nelle loro mani (1).

Ma, checchè si pensi intorno a questa quistione, e qualunque sia l'intendimento pratico di chi istituisce un erede o nomina un legatario sotto condizione risolutiva, e un altro erede o legatario sostituisca al primo ove quella condizione si verifichi, questa condizione vuol sempre essere apprezzata per sè stessa, nel suo giuridico valore. E questo valore per me consiste in ciò, che la si deve considerare condizione sospensiva per il primo chiamato, se prima della morte di questo si può escludere la possibilità della sua verificazione; nell'ipotesi contraria la si deve invece considerare sospensiva per il secondo chiamato, mentre nella stessa ipotesi la condizione si dovrebbe invece avere per non scritta, e il primo chiamato per istituito puro, se un secondo chiamato non ci fosse. In nessun caso la intenzione del testatore di mascherare una sostituzione fedecommissaria sotto una condizione risolutiva potrebbe riescire. E ciò per la sola ed unica ragione detta sopra, che la condizione risolutiva, impossibile a farsi valere con tutta la pienezza e con tutto il rigore dei suoi effetti, è perciò inammissibile nei testamenti, quantunque non lo sia nei contratti. E come condizione impossibile, essa, così come è scritta, non può essere presa in considerazione.

(1) Per il Codice civile austriaco la restituzione dal fiduciario al fedecommissario può tanto avvenire alla morte di quello, quanto durante la sua vita (§ 608).

Efficacia della data posta al principio delle disposizioni testamentarie.

Che la data scritta al principio di un testamento olografo valga per tutte le disposizioni formanti un unico contesto, quantunque, oltre all'ultima sottoscrizione, ve ne siano anche di intermedie, sia alla fine di ciascun foglio, se il testamento è contenuto in parecchi fogli, sia alla fine di singole successive disposizioni in un unico foglio, è stato negato da alcune decisioni francesi e italiane, ma è stato invece affermato da un molto maggior numero di altre.

Fra le prime voglionsi ricordare: Corte di Lione, 11 dicembre 1880 (*Journ. du Pal.*, 1862, 387); Corte di Aix, 24 dicembre 1864 (Dalloz, *Rec.*, 1865, 1, 185); e Cassazione di Torino, 14 luglio 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 1200). Dichiara quest'ultima in termini generali che: " la intenzione del testatore non può essere sufficiente per fare che costituiscano un atto unico due disposizioni testamentarie, le quali, se distinte sono per natura, tali rimangono irrimediabilmente, non ostante qualunque contraria volontà del disponente, e, come distinte, richiedono l'adempimento separato e completo, per ciascuna, di tutte le forme essenziali volute dalla legge sugli atti testamentarî; ..... che, quando ad un testamento olografo già compiuto coll'adempimento di tutte le forme volute dalla legge, datato e sottoscritto, il testatore aggiunga, in tempo diverso, quantunque sulla medesima carta, una disposizione contenente legati, è questa una disposizione nuova, alla quale è, a sua volta, applicabile separatamente la regola dell'art. 755 Codice civile ".

Fra le seconde è a ricordarsi una sentenza della Corte d'appello di Nancy, 11 giugno 1807 (Dalloz, *Rép.*, voce *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 2678), in causa Majainville, in sede di rinvio. La Corte dichiarò estendersi la data iniziale di un testamento olografo anche alle disposizioni sottoscritte soltanto, posteriori ad una prima sottoscrizione, e tutte insieme le disposizioni, racchiuse fra la data iniziale e l'ultima sottoscrizione, formare un unico testamento olografo. Ciò perchè la Corte ritenne in fatto che tale fosse la manifesta intenzione del testatore. E la Cassazione di Parigi, con sentenza 7 marzo 1808 (*Ib.*), respinse il ricorso contro la detta sentenza, dipartendosi anch'essa dal rilievo di fatto della Corte d'appello. Notisi che nella stessa causa una precedente sentenza della Corte di Metz aveva deciso come decise poi anche la Corte di Nancy, ma non aveva motivato la decisione in fatto nello stesso modo di questa, e che la Cassazione di Parigi aveva con sentenza 12 marzo 1806 (*Ib.*) cassato la sentenza di Metz, rinviando la causa alla Corte di Nancy. E in quella precedente sentenza la Cassazione di Parigi aveva ragionato in modo sostanzialmente identico a quello della ricordata sentenza della Cassazione di Torino. Imperocchè aveva detto: " non si può supplire all'omissione di una formalità testamentaria voluta dalla legge sotto pena di nullità, per mezzo di considerazioni desunte dall'intenzione più o meno apparente del testatore „. La Corte d'appello di Bordeaux dichiarò pure, in una sentenza 23 gennaio 1871 (Dalloz, *Rec.*, 1871, 2, 199), valida e facente un solo e medesimo testamento colla disposizione precedente, una disposizione nuova, sottoscritta soltanto, e revocante in pari tempo la disposizione precedente, che portava data e sottoscrizione. In fatto la Corte aveva ritenuto che la clausola revocatoria si legava al testamento, e aveva per iscopo di chiarirlo e di spiegarlo. — Anche nella giurisprudenza italiana trovansi giudicati analoghi ai francesi dianzi riferiti. Tali, p. es., uno della Corte d'appello di Brescia, non mai pubblicato, nella stessa causa in cui venne pronunziata la surriferita sentenza della Cassazione di Torino, 14 luglio 1881, e un altro della Corte d'appello di Milano, 28 dicembre 1875 (*Monit. trib.*, Milano, 1875, p. 245). La Corte di Brescia, la cui sentenza venne cassata, aveva dichiarato l'opposto della Corte di Cassazione, perchè aveva ritenuto " provata la intenzione del testatore di fare un'unica complessiva disposizione „. La Corte di Milano dichiarò valido un testamento

olografo, di diverse successive disposizioni sottoscritte, in diversi tempi scritte, racchiuse fra un'unica data iniziale e la sottoscrizione finale, e premise questa dichiarazione: " che nel modo più luminoso era dimostrata l'intenzione del testatore di fare un unico e valido testamento „. Posteriormente anche la Corte d'appello di Venezia dichiarò con sentenza 24 maggio 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 50) valere la data, posta al principio del testamento per tutte le successive disposizioni, benchè contenute in parecchi fogli staccati, recanti ognuno la firma del testatore, ma formanti un unico contesto.

Confrontando le differenti decisioni dianzi riferite, si scorge di leggieri che la discordia fra esse è realmente minore di quella che pare a prima giunta.

Le decisioni infatti della Corte di Lione e di Aix differenziano da quelle di Nancy e di Bordeaux in questo, che le prime non hanno avuto luogo di constatare nella fattispecie relativa la chiara intenzione del testatore di fare un unico testamento, mentre le seconde questa circostanza appunto constatano e da questa si dipartono. Similmente la sentenza della Cassazione di Parigi 7 marzo 1808, nella causa Majainville, si differenzia, come già notai, dalla precedente sentenza 12 marzo 1806 della stessa Cassazione nella medesima causa, per ciò che la prima ritenne colla Corte d'appello manifesta in fatto l'intenzione del testatore di fare un unico testamento, mentre non lo ritenne invece, e non ebbe luogo di ritenerlo la seconda. Anche le sentenze delle Corti d'appello di Brescia, di Milano e di Venezia, fondaronsi su quella medesima premessa di fatto. Non vi ha dunque vera discordia fra tutte queste sentenze, poichè le opposte decisioni si dipartono da un'opposta premessa di fatto.

E dal confronto di queste sentenze può bene inferirsi che talune affermano (e sono: Nancy, Bordeaux, Brescia, Milano, Cassazione di Parigi, 7 marzo 1808) essere unico e valido testamento, in un colle disposizioni sottoscritte racchiuse fra la data iniziale e la prima sottoscrizione, anche le disposizioni sottoscritte soltanto, posteriori alla prima sottoscrizione, ove apparisca un tal nesso fra tutte le disposizioni, che non sia dubbia l'intenzione del testatore di fare un testamento unico; altre non negano affatto cotesta tesi (e sono: Lione, Aix, Cassazione di Parigi, 12 marzo 1806), ma soltanto decidono in senso opposto alle precedenti, non avendo ri-

tenuta la stessa premessa di fatto di queste. Tutte insieme quindi in sostanza convengono nella dottrina generale: *potersi dichiarare unico e valido quel testamento olografo che di molte successive disposizioni si compone, le une racchiuse fra la data iniziale e una prima sottoscrizione, le altre posteriori alle prime, sottoscritte ma non datate, ove apparisca manifesta dal testamento la intenzione del testatore di fare un unico atto di ultima volontà.*

Unica pronunzia nella odierna giurisprudenza, espressamente e categoricamente contraria alla validità dei testamenti olografi del genere in discorso, non ostante la manifesta intenzione del testatore di fare un unico testamento, è la ricordata sentenza della Cassazione di Torino, 14 luglio 1881. In questa, è nel più esplicito modo escluso cioè, che l'intenzione del testatore di fare un unico testamento, per quanto chiara e provata, possa avere la virtù di comunicare la data a disposizioni testamentarie, sottoscritte soltanto, posteriori alla prima sottoscrizione. Ma il responso della Cassazione di Torino ha contro di sè parecchi altri giudicati italiani e francesi, e fra questi quello non meno esplicito della Cassazione di Parigi, 7 marzo 1808, e quindi non può impedire che si reputi oramai prevalente nella giurisprudenza testamentaria la anzidetta dottrina.

E questa dottrina pare giusta anche a me.

Quale è infatti il sostanziale argomento con cui si pretende di combattere codesta dottrina? Si dice dagli avversari: pel disposto dell'art. 755 del Codice civile il testamento olografo è quello intieramente scritto dal testatore, e da lui datato e sottoscritto: se ora in un foglio, scritto di tutto pugno dal testatore, e datato al principio, si trova una disposizione o un complesso di disposizioni, e subito dopo s'incontra la sottoscrizione, in questo punto il testamento finisce, e, se in sèguito a quella sottoscrizione, si trovano altre sottoscrizioni olografe sottoscritte, queste sono nuovi testamenti, che devono quindi essere anche datati; se datate non sono, non valgono, e non possono partecipare alla data della disposizione precedente. Ed è questa una applicazione della pretesa dottrina della cosidetta *incomunicabilità* delle formalità testamentarie alle clausole aggiunte al testamento olografo, clausole dette *aggiuntive* dai giureconsulti italiani, *addizionali* (*additionnelles*) dai giureconsulti francesi. Dice, p. es., il chiarissimo Vitali: " tutte le disposizioni modificative o aggiuntive sono soggette al principio

della *incomunicabilità*, vale a dire, che le formalità proprie di un testamento anteriore non possono comunicarsi al posteriore. Infatti, se vi può essere *unicità di volontà con pluralità di atti*, non vi può essere *unicità di atto con pluralità di volontà* „ (*Del test. olog.*, pag. 181). Questa stessa dottrina, con termini egualmente assoluti, proclamò la Cassazione di Torino nella surricordata sentenza 14 luglio 1881.

Ma a codesta argomentazione non è difficile rispondere.

Se per avventura dopo la sottoscrizione si incontrasse una dichiarazione firmata del testatore in questi precisi termini: “ non intendo di aver finito il mio testamento colla sottoscrizione precedente, ma bensì intendo di continuarlo colle disposizioni seguenti „, quale sarebbe il valore di codesta dichiarazione? Avrebbe essa valore o no? Certamente essa avrebbe valore. Imperocchè se alla sottoscrizione precedente il testatore avrebbe potuto togliere ogni valore, attraversandola con una cancellatura, perchè non glielo deve poter togliere con una dichiarazione sottoscritta essa pure? La dichiarazione farebbe una sola cosa colla sottoscrizione precedente, e da questo insieme risulterebbe che il testamento prosegue fino alla sottoscrizione finale. La sottoscrizione del resto è essa medesima una *implicita* e *presunta* dichiarazione: la dichiarazione cioè che, apponendo il proprio nome e cognome, il testatore intende approvare e finire il suo testamento. Ora, perchè la presunzione deve prevalere alla verità, alla verità cioè, debitamente comprovata dal testamento medesimo, che il contesto di questo procede uno, non ostante sottoscrizioni anteriori all'ultima?

Chi ragiona contrariamente viene a rappresentare la sottoscrizione del testatore come una formula sacramentale, come una specie di sacro rito, che, una volta compiuto, produce fatalmente il suo effetto in modo irreparabile. Per lui il testamento datato al principio, si compie colla prima sottoscrizione, voglia o non voglia il testatore, come una molla, una volta scattata, mette in moto la macchina, lo sappia o non lo sappia chi ha toccato la molla, e magari ferendolo e uccidendolo. Or non è questo certamente il retto modo di intendere e di applicare la legge sulle formalità testamentarie, e particolarmente sulla formalità della sottoscrizione. Interpretazione siffatta è piuttosto, come dissi, un sovvertire e snaturare affatto il pensiero del legislatore, un far servire le formalità del testamento a violentare il testatore, non già a farne conoscere e ad assicurarne il verace intendimento.

No: la sottoscrizione non vale a completare il testamento, se non perchè ed in quanto il legislatore intende, e il testatore lascia intendere, che, come è l'uso, così abbia il testatore veramente voluto dare a divedere con quell'atto il suo proposito di confermare non solo, ma di chiudere eziandio il proprio testamento. Non può il legislatore avere inteso di impedire al testatore di sottoscrivere con altra intenzione, purchè questa intenzione chiaramente manifesti, nello stesso modo come non gli impedisce di cancellare una sottoscrizione già fatta.

Ed in qual modo può quella intenzione venir chiaramente manifestata?

In tutti i modi nei quali si può con sicurezza dimostrare l'unità del contesto del testamento non ostante le sottoscrizioni incidenti. Possono essere dichiarazioni esplicite, od anche può essere lo stesso andamento delle disposizioni contenute nel testamento. Se le diverse parti di questo, i diversi fogli singolarmente sottoscritti, sono collegati fra di loro colla parola *segue*, od altra consimile, od anche soltanto con un segno equivalente a quella parola, come appunto accadde nel testamento contemplato dalla citata sentenza di Venezia; — o se, come in questo medesimo testamento ebbe la detta Corte a rilevare, le disposizioni che precedono le firme incidenti mettono capo, per l'indole loro, a quella ultima sottoscritta, egli è chiaro che questa ultima sottoscrizione, e non quelle precedenti, chiude il testamento giusta l'intenzione del testatore, e giusta lo stesso intendimento dell'art. 775 Cod. civ.

La dottrina, del resto, della pretesa *incomunicabilità* delle formalità testamentarie da una ad altra parte del testamento, parmi un concetto assolutamente vano, perchè o si risolve in un *bis in idem*, o si riduce ad una petizione di principio. O *in fatto* è già provato e certo che ciascuna delle parti del testamento sta da sè, e allora il dire che le formalità di una parte non si possono comunicare alle altre è semplicemente un affermare quel fatto. Ma in tal caso è anche improprio il discorso di un testamento che ha parti diverse; si avrà un foglio unico, contenente diverse disposizioni testamentarie, ma testamento non può dirsi che quella parte del foglio, e quella disposizione, a cui non mancano le formalità volute dalla legge. Oppure non è provato *in fatto* che ogni parte del testamento stia da sè, che le singole disposizioni, contenute nel medesimo foglio, debbano a parte considerarsi, ed è anzi pro-

vato il contrario, cioè manifesta e non ambigua è la volontà del testatore di fare un unico atto testamentario, e allora l'addurre la pretesa *incomunicabilità,* contro la volontà del testatore e contro la validità formale del testamento, che si ritrovi avere data e sottoscrizione finale, oppure data iniziale e sottoscrizione finale, è risolvere la questione riproponendola con altre parole.

Da questo dilemma non si esce, e la immediata conclusione del medesimo è questa, e non può essere che questa: la comunicabilità in questione non è altro che la possibilità o no che la manifesta e non ambigua volontà del testatore valga a unire le successive disposizioni testamentarie in un solo testamento, convalidate o dalla data e dalla sottoscrizione finale, o dalla data iniziale o dalla sottoscrizione finale, non ponendo mente alle deficienti o alle superflue formalità di talune di quelle disposizioni, isolatamente prese. Non sono cioè le formalità testamentarie, per sè medesime e astrattamente considerate, *comunicabili* o no da parte a parte del testamento; codesto discorso non ha neppure senso. È la volontà del testatore, che applica o *comunica,* se così vuol dirsi, a tutte le successive disposizioni testamentarie, che egli dia a divedere di considerare come un tutto, e che sono, e non ostante che siano singolarmente munite di formalità insufficienti, quelle formalità che nel complessivo scritto si trovano.

Or, così posta la questione, è subito risoluta.

Or che siffatta volontà del testatore debba ritenersi erronea non mi pare si possa dubitare. Se invero nel testamento scritto tutto di seguito, la unicità dell'atto, la volontà del testatore che tutte le disposizioni si considerino un atto solo, sono evidenti, perchè mai la estensione, o *comunicazione* che dir si voglia, delle formalità testamentarie da un dato punto o parte del testamento, a tutto il contenuto di questo, non la si potrà ammettere quando le disposizioni testamentarie siano disgiunte bensì da insufficienti e superflue formalità apposte a talune di esse, ma sia nondimeno manifesta la volontà del testatore di riunirle tutte in un solo e unico atto di ultima volontà, al quale, nella totalità sua considerato, non manchino le formalità volute dalla legge?

Il perchè non si scorge davvero. Chi risponde negativamente a quella domanda viene in sostanza ad escludere *a priori* che si possa mai dare manifesta e chiara intenzione del testatore di considerare e voler considerare come unico atto parecchie successive

e distaccate disposizioni testamentarie, non ostante che alcune di queste egli abbia munito di formalità imperfette, e quindi rendere applicabili a tutte quelle disposizioni le formalità che non mancano all'insieme di esse, come un unico atto. Ma ogni *giudizio di fatto a priori* è inammissibile non meno in giurisprudenza, che in qualunque altra disciplina.

Verità della data di un testamento olografo confrontato con un codicillo.

Una sentenza della Corte di appello di Lucca, 26 aprile 1895 (*Foro It.*, 1895, I, 897), dichiara che non è a ritenersi falsa la data di un testamento olografo, perchè un codicillo, che si richiama a disposizioni contenute nel testamento, abbia una data anteriore. E questa decisione mi pare inoppugnabile, tanto dal punto di vista del fatto, quanto da quello del diritto.

Nel fatto, cioè nello speciale caso sottoposto alla Corte, non si poteva anzitutto con sicurezza affermare che il codicillo 5 settembre 1878 si riferisse propriamente al testamento 22 settembre 1878, come vi si riferiva, p. es., l'altro codicillo 6 luglio 1883, nel quale quel testamento era richiamato colla sua precisa data. Nessuno e nulla può escludere ed impedire di supporre che il testatore avesse fatto un altro testamento anteriore non solo al 22, ma anche al 5 settembre 1878, e identico a quello datato 22 settembre 1878, e che quindi il codicillo del 5 settembre 1878 si riferisse appunto a quell'anteriore testamento. Vero è che, supponendo questo, bisogna anche supporre che, rifacendo il testamento, il testatore abbia dimenticato di includervi la modificazione, che il codicillo del 5 settembre apportava al disposto di quello. Ma anche questa supposizione, non essendo troppo strana, è lecita, e quindi si deve fare, dovendosi mirare a tener validi i testamenti con ogni mezzo che non sia nè contro il diritto, nè contro la ragione. E se tali supposizioni si possono e devono fare, riesce gratuita l'asserzione che il codicillo del 5 settembre 1878 dimostri

che la data 22 settembre 1878 sia falsa nel foglio testamentario che la porta. Bisognerebbe per potere dir questo, essere sicuri che a quel foglio e non ad altro si riferisse il codicillo 5 settembre 1878.

E in tesi generale di fatto può dirsi che di impugnabilità della data di un testamento olografo col mezzo estrinseco di un documento anteriormente datato, il quale si asserisce collegato con quello, non è a discorrersi, se non quando sia provata l'identità del foglio contemplato in questo documento col testamento in quistione. Come se, p. es., nel documento estrinseco descrivasi in tal guisa, cioè con tali particolari, il foglio del testamento, che lo si possa sicuramente rintracciare e contraddistinguere, e, rintracciato, vi si trovi una data posteriore a quella di detto documento. Se no, vi ha sempre luogo a supporre, che l'estrinseco documento si riferisca ad un testamento anteriore a quello in quistione. Di argomenti poi di identità del foglio a cui si riferiva, nel caso deciso dalla Corte di Lucca, il codicillo 5 sett. 1878, col testamento del 22 successivo, non vi ha l'ombra, e non se ne è parlato neppure. Quel codicillo infatti si riferisce bensì *a quanto ho disposto nel mio testamento olografo*, ma non individua in nessun modo questo testamento, cioè il foglio in cui è contenuto.

Dal fatto passando ora al diritto, si domanda se, dato pure che la data di un testamento olografo sia contraddetta da un documento riferentesi indubbiamente al foglio in cui il testamento è contenuto, ne segua necessariamente la nullità del testamento per titolo di falsa data, cioè per non essere il testamento datato come quel documento, o anteriormente ad esso.

La Corte di Lucca risponde negativamente con due giustissimi riflessi. Potrebbe benissimo, essa osserva, avere il testatore sbagliato datando il codicillo con un giorno anteriore al testamento, mentre fu a questo posteriore. Ciò essendo possibile, lo si deve supporre, perchè delle due possibili supposizioni, falsa data del codicillo, e falsa data del testamento, la prima è da preferirsi onde salvare il testamento.

Oltracciò, osserva la Corte, non si può neppure escludere che, quando il testatore fece e datò il codicillo, fosse realmente finito anche il testamento, ma non fosse ancora datato, e la data gli fosse stata apposta più tardi. Più facile, a dir vero, sarebbe la supposizione che, quando il codicillo fu fatto, il testamento non

fosse ancora finito, e che il testatore lo avesse datato più tardi, quando lo ebbe finito. Ma anche la supposizione della Corte è, a mio credere, plausibile, non solo in linea di fatto, ma anche in linea di diritto.

Imperocchè la Corte viene in tal guisa ad ammettere implicitamente in tesi generale che al testamento olografo il testatore può apporre quella data che vuole, posteriore alla ultimazione delle sottoscrizioni. Ora ciò non solo io credo vero, ma altresì, più in generale ancora che il testatore può apporre al testamento olografo quella data che vuole, posteriore o anteriore alla ultimazione delle disposizioni, quando nel contenuto del testamento nulla vi sia che contraddica alla data apposta al medesimo. Di *antidata* cioè e di *postdata* del testamento olografo, credo anch'io colla generalità dei giureconsulti non potersi discorrere se non quando se ne abbia la prova nel testamento stesso; ove ciò non sia, io reputo essere lecito al testatore di apporre al testamento olografo quella data che gli piace.

La legge vuole bensì la data nel testamento olografo, e certamente la data è un elemento indispensabile del testamento, ma ciò solo perchè la legge lo vuole, non perchè la data abbia di per sè stessa una importanza, a dir così subbiettiva, per il testatore medesimo. Costui infatti suol nutrire da molto tempo prima che non scriva, i propositi consegnati nel suo testamento, e vi persiste dopo che ha fatto il testamento finchè non lo distrugga, e quindi il porre egli in essere questo atto in un giorno dato, non esclude che avrebbe potuto fare altrettanto in un qualunque di molti altri giorni prima e dopo. Ed anzi per tal ragione il testatore non troverebbe in sè stesso neppur motivo alcuno di datare il testamento, se la legge non lo prescrivesse, lo che in realtà non tutte le leggi prescrivono. Ma appunto perchè la necessità della data è tutta e soltanto legale, egli è anche del tutto indifferente che il testamento olografo abbia la data del giorno in cui venne fatto, o una data anteriore o posteriore, purchè ne abbia una, che dallo stesso tenore dell'atto non venga smentita.

Perchè del resto vuole la legge che il testamento olografo sia datato? Molte cose furono dette su questo proposito. Per me io credo che il legislatore ravvisò in questa formalità, che suole infatti praticarsi in ogni genere di scritture, come un segno di più della serietà del proposito del testatore. Non parmi infatti buona

ragione quella addotta da molti, che la data sia richiesta onde accertare lo stato di capacità del testatore. Imperocchè è naturale che altri induca il testatore a far uso di una data anteriore alla incapacità, allorquando il testamento nulla contiene che l'incapacità riveli. Or se per il legislatore la data del testamento olografo non è che un segno della serietà dell'atto, la legge è osservata secondo il suo spirito, non appena il testatore vi apponga una data qualunque. Non è la *verità*, ma la *serietà* della apposizione della data, che in tesi generale richiedesi nel testamento olografo, e tal serietà si dimostra e si combatte cogli stessi argomenti, con cui si dimostra e si combatte quella di tutto il rimanente contenuto di quell'atto.

Non a torto quindi la Corte di Lucca, a spiegare la posteriorità della data di un testamento olografo a quella di un codicillo referentesi al foglio testamentario, suppone che il testatore abbia datato il testamento in un giorno posteriore alla sua ultimazione. Questa supposizione non è per nulla contraria alla legge, cioè alla istituzione della data dei testamenti olografi. Ciò ebbe a riconoscere ultimamente anche la Corte di Trani 3 gennaio 1894 (*Foro it.*, Rep. 1894, voce *Testamento*, n. 48; e *Giurispr. it.*, 1894, II, 250). Ben è vero che nel caso deciso dalla Corte di Lucca, e negli altri consimili, il testatore, il quale datò il testamento olografo da un giorno posteriore a quello di un codicillo che al foglio testamentario si riferisce, e non si ricordò di inserire nel testamento le aggiunte fattevi nel codicillo, apparisce smemoriato, od anche, se si vuole, balordo, ma ciò non toglie nulla al testamento; soltanto ha per effetto che il codicillo abbia o non abbia valore, secondo che si concili o non concili con esso il testamento.

Di data falsa, cioè di antidata o di postdata, non è possibile, ripeto, discorrere, se non quando dallo stesso contenuto del testamento essa apparisca, oppure l'antidata in particolare anche dal millesimo del foglio di carta bollata, su cui il testamento sia stato scritto. E, di vero, se è lecito al testatore dare al testamento olografo quella data che vuole, anteriore o posteriore alla ultimazione delle disposizioni, non è ammissibile però che egli contraddica nel testamento alla realtà delle cose, rappresentando come accaduto nel giorno della data del testamento ciò che non lo era ancora (antidata), o come ancor futuro in quel giorno ciò che già era accaduto (postdata). Codesta contraddizione alla realtà delle

cose mal si concilia con quella serietà che si esige in un atto come il testamento, e che, come ho detto, è la sola e vera cagione per cui la data è voluta dalla legge. Chi seriamente dispone o contrae, suole anche datare il proprio relativo scritto, e, nel determinare la data da apporvi, suole evitar l'apparenza di scambiare il futuro col passato, il passato col futuro.

L'opinione della Corte di Trani, esposta pure nella citata decisione, che antidata e postdata, apparenti dallo stesso testamento, non nuocano alla validità di questo, non mi par giusta. Parmi che la Corte abbia esteso l'applicazione del canone generale, che io pure ammetto, potere il testatore apporre al testamento olografo la data che vuole, non facendo la Corte distinzione fra i casi in cui la data, o, meglio, l'anteriorità o la posteriorità del testamento a una certa epoca, apparisca, dal testamento stesso, oppure non apparisca, e non riflettendo che questa distinzione è imposta dallo stesso riguardo che il testatore deve a sè medesimo, alla correttezza e alla serietà della propria disposizione testamentaria.

Non è però l'opinione della Corte di Trani dominante nella giurisprudenza, rispetto all'antidata in particolare, apparente, s'intende, dallo stesso testamento o foglio testamentario. La nullità del testamento per questo titolo è ammessa dal maggior numero dei giureconsulti; veggansi: Duranton (vol. V, n. 35), Grenier (vol. I, n. 828), Dalloz (*Rép.*, voce *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 2281), Troplong (*Con. et test.*, n. 1478), Demolombe (*Cours, Don.* n. 91), Laurent (vol. XIII, n. 192,200), Franchetti (*Ann. di giur. it.*, 1866-67, P. III, n. 10), Pacifici-Mazzoni (*Success.*, III, n. 11-12), Buniva (*Success.*, capo IV, 171), Ricci (vol. III, n. 214), Vitali (*Test. olografo*, n. 1271); — Corte di cassazione di Torino, 21 gennaio 1876 (*Foro it.*, 1876, I, 319) e 15 sett. 1880 (*Id.*, 1881, I, 877); — Cassazione di Palermo, 20 marzo 1870 (*Legge*, 1870, I, 779).

Quanto alla postdata, invece, alcuni ritengono che non annulli il testamento, a meno che sia data posteriore alla morte del testatore, e non sia data erronea anzichè falsa, e non la si possa col testamento stesso rettificare; e così appunto opina anche la Corte di Trani. Io non ammetto siffatta distinzione. La si propugna infatti col dire (v. Vitali, *l. c.*) che nulla vieta al testatore di dare oggi al testamento la data di un giorno futuro. Ma a ciò si ri-

sponde facilmente che la data prescritta dal legislatore come è intesa e adoperata nella vita ordinaria; ora l'uso generale degli uomini è di completare lo scritto colla data, sia che la pongano in cima, sia che al termine dell'atto, e precisamente di completar l'atto nel senso che *possa aver fatto* nel giorno della data, la quale apparenza svanisce manifestamente, sia che nel giorno della data si dia per futuro ciò che è già accaduto (postdata), o sia che in tal giorno si dia per già accaduto ciò che ancora non lo è (antidata).

La data, non meramente erronea, e correggibile col mezzo dello stesso testamento, la data falsa, sia antidata, sia postdata, annulla per me il testamento olografo, se dallo stesso documento testamentario apparisca. Ciò perchè, come ho detto, la data non è prescritta dalla legge che come mera formalità, segno e sintomo della serietà dell'atto, e la verità sua non si può richiedere se non nel senso che il testatore, libero di dare al testamento la data che vuole, non metta però in aperta contraddizione la data che ha voluto dare al testamento col contenuto di questo; questa contraddizione toglierebbe carattere di serietà al testamento.

La “ Fiducia „ nel diritto civile italiano.

In materia di *fiducia* la giurisprudenza italiana versa finora in tanta vaghezza di concetti, quanta non si riscontra in nessun'altra parte del diritto.

Io non credo affatto che l'art. 829 Codice civ., escludendo la prova giudiziale della fiducia, consenta implicitamente quella fornita spontaneamente dal fiduciario, chiamato o non chiamato con questo nome dal testatore. E non lo credo per due ordini di motivi: l'uno desunto dalle parole stesse dell'art. 829: *non è ammessa alcuna prova, ecc.*; l'altro desunto dall'esame delle ragioni, cioè del significato e scopo giuridico di tale divieto del legislatore.

D'onde si desumerebbe la prova della fiducia? Certamente: o da fatti e circostanze cui il preteso fiduciario è rimasto estraneo, p. es. da scritti o lettere del testatore (V. Cass. Firenze, 12 febbraio 1872, *Annali*, 1872, I, 84), non aventi natura di testamento, oppure da dichiarazioni giudiziali dall'erede asserito fiduciario. Nella prima ipotesi nessuno può dubitare che la prova della fiducia sia impossibile; ma nel secondo se ne può egli forse dubitare? Parrebbe di sì, almeno in qualche caso, al vedere che taluno pretenderebbe che anche dichiarazioni verbali del fiduciario si potessero provare, adducendo testimonianze, e altri molti, e la stessa Corte d'appello di Firenze, in un giudicato 26 gennaio 1893 (*Foro Ital.*, 1893, I, 796), opinano che si possa addurre in giudizio una dichiarazione scritta. Ma, se ben riflette, entrambe le opinioni sono inammissibili. Quanto alla prova testimoniale di una dichiarazione verbale di fiducia, dice benissimo la Corte d'appello fio-

rentina, nella citata sua decisione, che il provare la dichiarazione è un provare la fiducia, e quindi è un contraddire al divieto dell'art. 829. Imperocchè le testimonianze verrebbero invocate contro il fiduciario che negasse di avere mai dichiarato la fiducia, e quindi sarebbero una prova della fiducia in suo confronto, il che appunto la legge non vuole ed ha proibito. Ma se il preteso fiduciario avesse consegnato la dichiarazione della fiducia, cioè questa fiducia stessa, in un documento, forsechè il produrre questo documento contro di lui, che non già negasse di averlo emanato, ma si rifiutasse di eseguirlo, non si risolverebbe del pari in una prova della fiducia, divietata dalla legge? La Corte d'appello di Firenze lo nega, e altri giudicati e giureconsulti lo negarono pure, per il motivo che la dichiarazione scritta in discorso è già prova fatta della fiducia, e trattasi appunto soltanto di produrla. Ma per convincersi che questo è un errore, si rifletta che ogni e qualunque dichiarazione del fiduciario, verbale o scritta, può sempre essere revocata, onde viene che lo addurla contro il dichiarante è sempre una prova della fiducia che si fa contro di lui, perchè è sempre una sfida che si fa, se non alla coscienziosità sua, perchè nessuno sa se la dichiarazione sia verace o no, almeno al di lui sentimento di convenienza di non disdire ciò che disse, anche solo perchè lo disse. E perchè non potrà il fiduciario revocare la fatta dichiarazione della fiducia? Forse perchè l'art. 1360 Cod. civ. dice non potersi la confessione revocare? Ma questo articolo concerne la confessione di un obbligo *civile,* mentre l'eseguire la fiducia tutti ammettono essere un semplice obbligo *naturale,* o meglio di coscienza. Forse perchè l'antica giurisprudenza della fiducia non ammetteva quella revoca? Ma quest'antica giurisprudenza non ha nulla a vedere col diritto odierno nella subbietta materia e non solo sul punto di cui ora si discorre, ma in tutto quanto il tema della fiducia, ed essa è pur troppo la precipua causa delle incertezze e degli errori della odierna giurisprudenza, tanto più che nè su quel punto nè su altri non meno importanti, l'antica giurisprudenza è tutt'altro che pacifica e chiara. Se il fiduciario ha un semplice obbligo di coscienza, perchè non gli si dovrebbe credere quando dicesse che più attenta considerazione lo ha persuaso che la vera intenzione occulta del testatore non era quella che egli aveva ritenuto prima, e anche dichiarata a voce od in iscritto? Si capisce che in materia di obblighi civili, cioè di cause civili di obbliga-

zione, il legislatore, per diminuire le liti e aumentare la sicurezza dei diritti, proibisca la revoca di una confessione; ma come mai si potrà egli attribuire al legislatore una consimile intenzione in una materia, come quella della fiducia, che egli vede con tanto disfavore, da non ammetterne la prova giudiziale, neppure per controllare, e all'uopo impugnare, la stessa confessione del fiduciario? Ha tanto poco aspetto di prova, che si possa opporre al fiduciario senza infrangere il divieto dell'art. 829, la costui dichiarazione della fiducia, che più di un Tribunale, e per es. la Corte di Lucca 21 giugno 1873 (*Annali*, 1874, II, 41), la Cassazione di Firenze, 11 luglio 1881 (*Foro It.*, 1881, I, 924), la Cassazione di Torino, 19 dicembre 1872 (*Giurisp. Torin.*, 1873, I, 146), la Corte di Catania, 31 gennaio 1883 (*Annali*, 1883, II, 1951), ritenendo il contrario, esigono però che la dichiarazione abbia altresì per oggetto la *volontà* di eseguire la fiducia. Il che dicendo, quei Tribunali non hanno riflettuto che una dichiarazione di tal genere sarebbe una vera obbligazione civile del fiduciario verso l'asserito vero erede, sicchè costui non deriverebbe più il suo diritto dal testatore, e opporrebbe a questo non già la sua dichiarazione, ma la sua promessa.

Per queste ragioni io credo di poter pensare e proclamare che l'art. 829, proibendo la *prova giudiziale* della fiducia, e questa sola prova mentovando, proibisca tuttavia anche l'*azione* per far valere la fiducia, poichè questa non potrebbe mai venir dimostrata in modo tale da vincere ogni resistenza del fiduciario, fuorchè mediante giudiziale contestazione.

Ed alla stessa conclusione io arrivo, se rifletto alla sostanza della cosa, cioè del diritto che si pretenderebbe di far valere colla prova della cosidetta *fiducia*, o della dichiarazione di questa.

Purtroppo prevalse finora nella giurisprudenza italiana l'opinione che la *fiducia*, cioè la successione ereditaria per virtù di dichiarata ed eseguita fiducia, sia concetto e istituto giuridico ancor possibile in Italia, e, s'intende, analogamente alle dottrine in proposito dell'antica giurisprudenza. Tale è, p. es., l'avviso della Corte di Lucca e della Cassazione di Firenze, citate dianzi, come pure della Cassazione di Napoli, 28 gennaio 1873 (*Annali*, 1873, I, 193), e della Corte di Genova, 18 novembre 1889 (*Foro it.*, *Rep.* 1890, voce *Successione*, n. 34); sentenze tutte queste, ed altre

parecchie, le quali sentenze tutte ripetono ciò che dapprima aveva detto la Corte suprema di Milano, 31 maggio 1861, applicando il Codice Albertino.

Vero è che nessun giudicato italiano ebbe finora a definire propriamente gli effetti della fiducia, sia dichiarata soltanto, sia dichiarata ed eseguita, e che quelli surriferiti ebbero a pronunciare la detta tesi generica *incidentalmente* soltanto, per una occasione datane da una quistione non concernente affatto gli effetti della fiducia, nè la sostanza di questa, dalla quistione cioè se la qualità di *fiduciario*, data per avventura all'erede nel testamento, valga o no a rendere inefficace la vera, ignorata volontà del testatore in virtù dell'art. 834 Cod. civ., che annulla la disposizione testamentaria a favore di persona incerta, che un terzo debba nominare. Ma intanto la tesi, sia pure astratta, dell'ammissibilità di una successione testamentaria a titolo di fiducia dichiarata, si è venuta assidendo nella mente di molti, anzi della maggior parte dei giuristi italiani, e contribuisce non poco a rendere per lo meno possibile, a far prendere sul serio la quistione: se giudizialmente si possa agire in base ad una cosidetta *fiducia dichiarata*. Ed io sono appunto d'avviso che questa quistione non si possa prendere sul serio, perchè reputo giuridicamente impossibile parlare di successione ereditaria, sia universale, sia particolare, per titolo di fiducia dichiarata ed eseguita. Non è nuova questa mia maniera di pensare, perchè l'ebbero e la propugnarono già il Fulci, *Delle successioni*, art. 829; il Ricci, *Corso t. p. di dr. civ.*, III, 310; il Ferrarotti, *Comm. teor. prat. al Cod. civ.*, IV, p. 262; il Cuturi, *Dei fedecomm. e delle sostit.*, p. 146 e segg., e, pare, anche il Buniva (*Della success.*, 242-243), i cui ragionamenti non furono finora debitamente apprezzati da scrittori e da Tribunali, soltanto perchè, come ho già notato, la questione non è stata finora portata sul terreno delle vere e dirette conseguenze giuridiche della tesi o frase generica: essere oggi ancora possibile la fiducia, se anche non è possibile provarla. Eppure è già una conseguenza abbastanza pratica di quella tesi o frase, il domandarsi anche soltanto in generale se un'azione giudiziale si possa desumere da una dichiarazione, per quanto formale, di fiducia. E quindi il più grave obbietto che si possa fare all'opinione del valore giuridico della fiducia nell'odierno diritto italiano, consiste nel dissipare l'equivoco, dominante finora nella giurisprudenza nostra

circa l'ammissibilità dell'azione giudiziale basata sulla *fiducia dichiarata.*

Io non credo che si possa più affatto parlare in Italia di fiducie ereditarie, mentre, da una parte, la legge non le contempla affatto, non dà nessuna norma intorno alla vera e propria natura e ai giuridici effetti di questo istituto di altri tempi; e, d'altra parte, il dare un effetto qualunque alla fiducia dichiarata di contravvenire ai fondamentali principii del diritto vigente in materia di successione ereditaria. Sicchè non è neppur possibile in questa materia supplire al silenzo della legge, argomentando dall'analogia dei principii generali del diritto, secondo il disposto dell'art. 3 del titolo preliminare del Codice civile.

Contravviene manifestamente all'art. 834, Cod. civ., il voler dare un effetto qualunque alla fiducia dichiarata. Imperocchè l'effetto si darebbe alla fiducia, come a titolo di successione ereditaria, mentre l'art. 834 dichiara nulla ogni disposizione testamentaria a favore di incerta persona, da nominarsi da un terzo. Terzo diventa certamente l'erede fiduciario di fronte all'erede vero del testatore, nell'atto in cui egli dichiara la fiducia. Se infatti la nostra giurisprudenza ebbe più volte a dichiarare che la qualità di *fiduciario*, data nel testamento all'erede istituito, non rende nulla l'istituzione in virtù dell'art. 834, ciò ritenne perchè considerò quella qualifica dell'erede istituito come non scritta. Ma se l'erede testamentario è vero erede, benchè chiamato *fiduciario*, perchè in omaggio all'art. 834 a questa qualifica non vien dato nessun giuridico effetto, implica contraddizione, e propriamente una duplice contraddizione, il ridar effetto a quella qualifica nel periodo di esecuzione del testamento, e il credere di poter sfuggire all'art. 834, sottraendo una prima volta a quell'articolo il suo obbietto, e poi facendolo di trasforo ricomparire più tardi.

Contravviene altresì il preteso effetto giuridico della fiducia dichiarata, al divieto e alla nullità della sostituzione fedecommissaria (art. 900). Imperocchè nulla vieterebbe all'asserito fiduciario di dichiarare la fiducia nel proprio testamento, nel qual caso il vero erede diventerebbe fedecommissario dopo la morte del fiduciario, nè sarebbe possibile questa volta eludere l'art. 900 col ricorrere alla vieta, e, del resto inutile, finzione di una risoluzione del diritto del fiduciario per appunto al momento della morte di questo, poichè il fiduciario non sarebbe mai stato erede vero nella

mente del testatore. E ancor più manifesta si farebbe l'indole fidecommissaria della eredità fiduciaria nel detto caso, se il fiduciario pretendesse di ritenersi i frutti, allegando anche su di ciò la volontà del testatore (V. GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civ. ital.*, Napoli, 1882).

E ancora contravviene il preteso giuridico effetto della fiducia dichiarata all'altro principio del Codice civile, che l'accettazione dell'eredità non può essere revocata (art. 942). Il fiduciario ha accettato come erede, non è quindi possibile che egli ritorni sulla propria accettazione per dar luogo a quella di un altro, poichè la legge non contempla espressamente codesta eccezione al generale canone della irretrattabilità dell'accettazione ereditaria, fuorchè per titolo di violenza e di dolo.

E finalmente alla stessa dottrina del nostro diritto civile intorno ai titoli della successione ereditaria contravviene il concetto, l'espressione stessa di efficacia giuridica della fiducia. L'art. 720 dice che " la successione si devolve per legge o per testamento ", e l'art. 855 dice che " il testamento è un atto revocabile col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone, 'per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse, in favore di una o più persone ". La fiducia sarebbe una disposizione testamentaria non contenuta nell'atto che si chiama testamento; non è dunque testamento, e non può quindi avere nessuna efficacia come titolo per cui taluno succeda *mortis causa* ad un altro. O la disposizione confidata al fiduciario si considera come disposizione del testatore, e non può avere effetto, perchè non è enunciata nel testamento; o la si considera un atto proprio del fiduciario, e non può avere efficacia, perchè le successioni si deferiscono per volontà di un defunto, o per opera della legge.

L'impossibilità di introdurre, e propriamente *incastrare* l'istituto della fiducia nel nostro sistema di diritto successorio, è poi anche resa manifesta dalle incertezze e contraddizioni, in cui si aggirano, come in un vero labirinto, quei pochi, i quali ebbero il lodevolissimo scrupolo di non limitarsi al vago e astratto concetto della efficacia della fiducia dichiarata in diritto odierno, ma di svolgerlo nelle sue pratiche conseguenze. E veramente questo merito non ispetta pienamente che al valente giurista E. GIANTURCO (*op. cit.*), che io però non comprendo come non abbia avuto il

coraggio di por fine alla tortura cui andava assoggettando il proprio ingegno, rinunciando all'intrapresa e riconoscendola impossibile.

Fatta la dichiarazione della fiducia, cessa il fiduciario di essere erede? E cessa la *confusio haereditatis,* che s'era fatta col patrimonio del fiduciario? Nell'antica giurisprudenza la questione non era neppur possibile, perchè l'esistenza della fiducia, apparendo dal testamento, non consentiva che il fiduciario venisse considerato come erede. Ma nel diritto attuale italiano, essendo il fiduciario erede, come è egli possibile che cessi di esserlo per sola volontà propria, poichè l'accettazione dell'eredità è irretrattabile? D'altra parte, come è egli possibile conciliare il concetto di *fiduciario* con quello di erede, se non alla condizione che questa qualità cessi colla esecuzione della fiducia?

L'eredità fiduciaria sarà soggetta anch'essa, o no, al diritto dei legittimari, parenti del fiduciario? Si sa che questa questione è stata trattata lungamente in una delle commissioni elaboratrici del Codice Albertino, ma che non fu possibile a questa di venire in proposito a conclusione nessuna, dato il sistema voluto adottare in quel Codice rispetto alla fiducia, sistema identico all'attuale italiano. Eppure la questione bisogna porla e risolverla, se si crede che le fiducie siano ancor possibili nel diritto italiano. Certamente bisogna risolverla in modo consono al concetto di quell'istituto. Ora, se vi ha contraddizione a questo concetto, quella è certamente di dare ai legittimari del fiduciario un diritto sui beni che non sono di questo, che non dovrebbero neppure essere mai entrati nella sua eredità. Ma, d'altra parte, se il fiduciario è erede, e questa eredità aumenta il suo patrimonio, il dargli facoltà di sottrarre ai legittimari una parte di questo, col pretesto della fiducia, equivale a porre in sua piena balìa lo stesso istituto della porzione legittima.

Dichiarata la fiducia, i terzi contraenti col fiduciario conservano i diritti da loro acquistati? Alla quistione non si può manifestamente rispondere, se non invocando l'analogia dell'art. 933 Cod. civ. Ma può egli parlarsi di buona fede dei terzi acquirenti, se per avventura la fiducia sia accennata nello stesso testamento? D'altra parte, se il fiduciario deve sparire dopo la dichiarazione della fiducia, egli è dunque stato prima un erede apparente.

Ometto per amore di brevità di menzionare molte altre quistioni

pratiche intorno al preteso effetto giuridico della fiducia nel diritto italiano. Sarebbero molte davvero, ed anzi può dirsi che non si potrebbe fare un passo in questo campo senza inciampare in una quistione, e propriamente in una quistione insolubile, come tutte quelle menzionate sopra. Insolubili quistioni per un solo e semplicissimo motivo: che il fiduciario non fu mai nella passata giurisprudenza considerato come erede, mentre il Codice civile italiano reputa erede il fiduciario, solo perchè a questa qualifica passa sopra, e, se nel testamento è scritta, l'ha per non scritta. Conciliare due concetti così diametralmente opposti, è ancor più impossibile che conciliare l'acqua col fuoco, perchè di questi due elementi in lotta l'uno finisce per sopprimere l'altro, mentre di quei due concetti l'uno e l'altro può esser soltanto dimenticato per un momento, onde rifar capolino un momento dopo.

Già nel seno della Commissione compilatrice del Codice Albertino le difficoltà e le impossibilità suindicate si fecero manifeste nella lunga discussione, bene riassunta del Gianturco (*op. cit.*), e fu appunto per effetto di esse che i commissari si accordarono nel lasciare impregiudicate tutte le quistioni circa l'effetto della fiducia dichiarata, redigendo l'art. 809 Cod. Albertino, come è oggi redatto l'art. 829 Cod. civ. it., e sopprimendo un primo alinea che doveva appunto quell'effetto regolare. Ma così com'è rimasto formulato, l'art. 809 Cod. Albertino non significa nessun preciso concetto; che cosa abbiano voluto concludere quei commissari non hanno certamente saputo. Di ciò tutti convengono, e il Gianturco per il primo. Nè i compilatori del Codice civile italiano, ripetendo tal quale l'art. 809 Cod. Albertino, hanno avuto idee più chiare dei loro predecessori. Sicchè non vi ha forse un altro punto della patria legislazione, in cui i Motivi della legge abbiano minore autorità. Ma le incertezze, le contraddizioni in cui rimase il legislatore, non vi ha ragione che continuino nell'interprete della legge. Questi non ha che a dedurre le conseguenze logiche dalle premesse di quello. Come, cioè, nel diritto nostro il fiduciario dovrebbe esser reputato vero erede, ne consegue che la fiducia non è più altro nel diritto italiano, se non una parola vuota di senso, cui non si pon mente nel testamento che la contenga; e quindi non soltanto non si può *provare giudizialmente* la fiducia, come dice, e soltanto dice l'art. 829 Cod. civ., ma neppure si può dare nessun effetto giuridico alla fiducia dichiarata, nessuna azione può desu-

mersi contro il fiduciario da questa dichiarazione, perchè dichiarazione ed azione aventi per oggetto il nulla, al pari di quella prova.

Che cosa in diritto italiano propriamente fa il fiduciario che dichiara la fiducia, e cede ad un terzo o la intiera eredità, o una parte di questa, o un ente singolo?

Egli non fa, come bene ha già detto il Cuturi, se non donare. La quale donazione s'intende che deve essere rivestita delle forme, e suscettiva di tutti gli effetti stabiliti dal Codice civile. E ognuno capisce che altra cosa è donare una eredità, altra cosa cedere la qualità di erede; il primo atto cade su di una *universitas juris*, il secondo cade su di una qualità inerente alla persona; il primo è possibile, il secondo no. Come pure ognuno capisce che il cosidetto fiduciario, col solo obbligarsi a dare, nè pone in essere una donazione, nè si obbliga validamente, poichè l'obbligazione sua sarebbe *sine causa* (art. 1119 Cod. civ.).

Conchiuderò, confermando la mia tesi con un fecondo concetto della odierna sociologia, scienza proficua non solo al filosofo del diritto, ma anche al civilista: la fiducia è una *sopravvivenza* del passato, un avanzo atrofizzato del diritto di altri tempi, rimasto, per mera virtù di abitudine, e senza senso nè effetto alcuno, in mezzo al diritto vivente dei giorni nostri.

Valgono i fin qui esposti principî non soltanto rispetto alle fiducie testamentarie ordinate vigendo il Codice civile italiano, ma anche rispetto a quelle ordinate prima di tal epoca, vigendo una legge che le ammetteva?

Il mio valente amico V. Scialoja risponde negativamente (v. nota nel *Foro it.*, 1898, I, 1107). Ma io mi permetto dissentire da lui, in virtù del canone generale che del contenuto dei testamenti devesi giudicare secondo la legge vigente allorchè si apre la successione testamentaria, canone che io ho ampiamente svolto nella mia *Teoria della Retroattività* delle leggi, alla quale rimando il mio lettore (v. 3ª ed., vol. 3°, p. 359 sgg.). Egli è vero che nel R. D. 27 novembre 1870, n. 6080, col quale furono pubblicati nelle Provincie di Roma alcuni codici, leggi e regolamenti concernenti l'unificazione legislativa, vennero riconosciute fiducie ordinate in anteriori testamenti, aperti dopo l'attuazione delle nuove leggi, purchè fossero

dichiarate dentro due mesi da questa attuazione in Italia, dentro sei mesi all'estero. Ma questa disposizione transitoria, appunto perchè derogatrice al canone generale che del contenuto dei testamenti devesi giudicare secondo la legge vigente allo aprirsi della successione testamentaria, non può reputarsi essa stessa canone giuridico transitorio generale.

Della legge da applicare in materia di collazione, nel caso di differenza tra quella sotto il cui impero fu fatta la donazione e quella sotto il cui impero fu accertata l'eredità.

Che la successione ereditaria di un individuo naturalizzato italiano debba essere regolata dalla legge italiana, senza alcun riguardo alla legge cui egli sottostava quando era forestiero, non può essere dubbio. L'art. 8 til. prel. Cod. civ. non ammette dubbio in proposito, poichè esso statuisce in termini generali che le successioni legittime e testamentarie sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, e per tale legge nazionale intendesi certamente quella sotto il cui impero il *de cuius* è morto, la successione si è aperta. Ma si può egli da questa premessa inferire, senz'altro, che la collazione delle donazioni, nella successione ereditaria, si debba regolare secondo la legge nazionale del donante *de cuius*, tanto se la donazione sia stata fatta da un nazionale italiano, che morì tale, quanto se da un forestiero, il quale posteriormente venne naturalizzato italiano, e come tale morì, senza riguardo alle differenze che in quest'ultimo caso intercedano, per avventura su tale proposito, fra la legge nazionale anteriore del donante e la legge italiana, sotto il cui impero egli morì? Era questa la questione sottoposta alla Cassazione romana e che questa decise con sentenza 4 gennaio 1902, in causa Zogheb *utrinque* (*Giur. it.*, 1902, vol. LIV), ed egli è facile avvertire che non è facile questione.

Imperocchè se da una parte la collazione delle donazioni è mezzo

per determinare l'entità dell'asse ereditario, è un'operazione preliminare alla divisione della eredità, d'altra parte essa ha per oggetto un rapporto giuridico anteriore alla successione, affatto distinto da questa, determina, o, a meglio dire, modifica gli effetti di un diritto conferito dal donante ad altrui anteriormente alla successione ereditaria di lui. Or se è certo, in tesi generale, che la successione ereditaria non può esser regolata da altra legge fuorchè da quella cui era sottoposto il *de cuius* alla morte sua, qualunque sia stata la legge a cui egli era prima sottoposto, la certezza però di cotesta tesi, ha per sua condizione che la si riferisca esclusivamente ai beni o ai diritti appartenenti al *de cuius* quando morì, e dei quali veramente e propriamente si compone la di lui eredità. Che se quella legge retrotragga per avventura gli effetti della successione a diritti conferiti e acquistati anteriormente a questa, quale è appunto il diritto di chi ebbe una donazione *inter vivos* dal *de cuius*, la detta tesi non può mantener la certezza sua se non quando non siavi una differenza fra la legge successoria vigente allorquando il donante morì, e quella vigente quando il diritto, la donazione furono da lui costituiti *inter vivos*, imperocchè, nell'inversa ipotesi, chi per virtù della successione ereditaria verrebbe a perdere in tutto, o in parte, la donazione, può darsi che possa con fondamento opporre il proprio diritto quesito alla pretensione degli eredi del *de cujus*, e resistere all'applicazione di una legge posteriore impreveduta e imprevedibile per lui. E in tal caso appunto vuolsi ricercare se non si trovi, per esempio, il donatario di un forestiero, divenuto poi italiano, al quale donatario si voglia imporre la collazione della donazione nella successione del donante a termini della legge italiana, benchè la legge sotto il cui impero la donazione venne fatta non gliela imponesse.

La Cassazione di Roma sembrami aver preso alquanto alla leggera, e leggermente risoluto siffatta questione, limitandosi a dire che " l'acquisto e l'esercizio del diritto di successione produce l'effetto della collazione „, " che la legge vigente all'apertura della successione non modifica la donazione fatta vigendo la legge anteriore, ma regola la successione, mettendo come condizione di questa la collazione della precedente donazione „, " che si tratta di acquistare un nuovo diritto sotto la condizione di modifica di un diritto precedente „. Sono codeste altrettante tesi, le quali hanno

bisogno di una dimostrazione, che la Corte non ci pare aver data, poichè presentano difficoltà che la Corte non ci pare avere debitamente apprezzate. Doveva cioè la Corte dimostrare che la successione ereditaria può " produrre l'effetto „ della collazione, può " modificare la donazione „ in virtù della collazione, onde fare di questa modificazione la condizione della collazione, tanto se la donazione sia stata fatta vigendo pel donante la stessa legge cui egli fu sottoposto quando morì, quanto nella ipotesi inversa, e, in questa ipotesi, differendo le disposizioni delle due leggi intorno alla collazione delle donazioni in generale.

Posta nei suddetti termini la questione agitata fra i signori Zogheb, ella è manifestamente quistione non già del diritto internazionale privato, ma del cosidetto diritto transitorio. Lo ha compreso anche la Corte, la quale trae infatti argomento a favor della soluzione sua anche dall'art. 28 delle Disps. trans. 30 nov. 1865. È questione di diritto transitorio, perchè occasionata da un mutamento di legge; e concernente un rapporto giuridico svolgentesi sotto l'impero di due leggi successive. La differenza intercedente fra un mutamento di legge che si verifica rispetto a un'intiera popolazione e per volontà del legislatore, e quello che si verifica rispetto ad una persona singola e sola, e per volontà di questa, cioè per aver essa mutato nazionalità, è del tutto estrinseca e non impedisce che le due diversi ipotesi siano sostanzialmente identiche. La prima ipotesi è la ordinaria, è quella ordinariamente presa in considerazione nella giurisprudenza transitoria; la seconda è in questa trascurata, benchè nella pratica non men frequente della prima, solo perchè l'occasione di pensarvi si offre di preferenza ai cultori del diritto internazionale privato, ma sia che questi rimandino le relative questioni ai cultori del diritto transitorio, sia che vogliano risolverle da sè, questa soluzione non può consistere che in una applicazione analogica dei generali canoni del diritto transitorio, che direbbesi *nazionale*, a casi transitori *individuali*, e anzitutto in una più esatta determinazione, in un ampliamento dello stesso concetto e campo del diritto transitorio in generale.

Portata la questione sul campo del diritto transitorio, il quale è in Italia codificato, non è dubbio che essa si deve risolvere a termini e sensi dell'articolo 28 delle disp. trans. civ. contenute nel Regio Decreto 30 novembre 1865, il quale articolo suona:

„ le donazioni fatte ai discendenti prima dell'attuazione del nuovo Codice sono soggette alla collazione secondo le norme in esso stabilite „.

A prima giunta sembra questo articolo significare che la collazione di donazioni fatte vigendo una legge anteriore, e, nel caso Zogheb, vigendo il diritto musulmano per il donante, debba, ove il donante muoia vigendo il diritto italiano, farsi a termini di questo diritto, qualunque differenza interceda su tale proposito fra questo diritto e la legge anteriore. E ciò è tanto se questa legge non ordinava la collazione, a meno che il donante l'avesse imposta, mentre la legge italiana professa il canone inverso (art. 1001), quanto se, come appunto nel caso Zogheb, la legge anteriore, sotto il cui impero la donazione vien fatta, ignorasse affatto l'istituto della collazione. E tale è appunto l'avviso della Cassazione romana, ma a questo avviso ci sembrano opporsi gravissime difficoltà, che la Cassazione non ci sembra avere abbastanza ponderate.

Nella prima infatti delle anzidette due ipotesi, in quella cioè di una legge anteriore che non sottoponeva a collazione le donazioni *inter vivos* del *de cuius*, ove questi non l'avesse ordinata, ben si può dire che il donatario dalla applicazione della nuova legge intorno alla collazione può risentire l'effetto di perdere in una maggiore o minor parte un suo diritto quesito e irrevocabile. Imperocchè non può confondersi la collazione delle donazioni colla semplice *imputazione*; che questa possa venire imposta dalla legge sotto il cui impero il donante è morto, qualunque fosse in proposito il disposto della legge, sotto il cui impero la donazione venne fatta, si ammette facilmente, poichè per virtù della imputazione il donatario prende meno dei beni ereditari, ma conserva integra la donazione. La collazione invece mette i beni donati in comune fra il donatario e i coeredi suoi, facendone una sola massa di beni ereditari, di che l'effetto può ben essere che nella divisione ereditaria le cose donate non vengano assegnate al donatore o gliene venga assegnata soltanto una parte nel conguaglio delle porzioni ereditarie. Or codesta diminuzione del diritto del donante se preordinata era dalla legge vigente all'epoca della donazione, ove il donante non l'avesse anticipatamente esclusa e disdetta, diviene un naturale effetto della donazione medesima, se quella condizione poi non si verifichi, nè il donatario può in tal caso

dolersi di nulla, poichè *lex transit in contractum*, e ognuno deve aspettarsi che i diritti suoi abbiano effetti non diversi, non maggiori, nè minori, di quelli statuiti dalla legge, sotto il cui impero vennero acquisiti. Ma se la collazione della donazione è ordinata soltanto dalla legge vigente alla morte del donante, ove non sia stata da questo dispensata, mentre la legge vigente quando la donazione venne fatta disponeva inversamente, la diminuzione del suo diritto che la legge posteriore imponga al donatario è non soltanto una sorpresa che egli non aveva nessun motivo di aspettarsi, ma è una vera e propria manomissione di un diritto quesito e irrevocabile. Imperocchè la donazione non accompagnata, nè, per tutta la vita del donante susseguita da ordine di collazione per parte del donante, e posta in essere vigendo una legge che solo in virtù di questo ordine la imponeva, è un diritto quesito dal donatario sotto condizione, diventato irrevocabile alla morte del donante, per essere venuta meno la condizione che conferir si dovesse nel patrimonio del donante, soltanto ove questo prima di morire ciò avesse ordinato. Diritto quesito irrevocabile, e quindi intangibile da una legge posteriore, e specialmente da una legge, come l'italiana, la quale disciplina la collazione secondo la volontà supposta od espressa del donante.

Vano sarebbe l'obbiettare che, non avendo il donante ordinato la collazione, dopochè fu emanata una legge nuova, la quale, inversamente all'anteriore, ordina essa stessa la collazione ove il donante non lo dispensi, il silenzio del donante dal giorno della promulgazione della seconda legge e sino alla sua morte significhi aver egli pure da quel giorno dato al suo silenzio il significato che la legge nuova gli attribuisce. Non solamente gratuita, ed anzi inverosimile affatto è per sè medesima codesta supposizione, ma anche antigiuridica, poichè il donante si era impegnato di fronte al donatario a dare al suo silenzio, sia all'atto della donazione sia dopo e sino alla morte sua, quel significato che le attribuiva la legge sotto il cui impero la donazione venne fatta, e non altro significato che questo. Anche qui, come sempre, *lex transit in contractum*. Laonde si comprende come tutti i principali scrittori del diritto transitorio, quali Chabot de l'Allier, Herrestorff, Bauer, Mailher de Chassat, Tonso, Theodosiades, Demolombe, Grandmanche de Beaulieu (vedasi la mia *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª edizione, volume III, pag. 508 e segg.) insegnino

in tesi generale che la collazione delle donazioni è regolata esclusivamente dalla legge sotto il cui impero le donazioni vennero fatte. Or può egli facilmente ammettersi che il diritto quesito e irrevocabile del donatario, che una sicura ed ovvia applicazione di un fondamentale principio giuridico qual è quello del dovérsi i contratti, in tutti i loro veri e propri effetti, regolare secondo la legge sotto il cui impero vennero posti in essere, abbia voluto il legislatore italiano disconoscere o disapplicare?

Parmi che a questa domanda la più sicura risposta debba essere negativa, anzichè positiva. Già la Corte di Bologna, in una sentenza del 15 marzo 1877 (*Giur. ital.*, 1877, 2, 562), ebbe a dichiarare che l'espressione dell'art. 28, Disp. trans. civ., " secondo le norme ", ecc., debbasi riferire e limitare al modo in cui fare la collazione, non allo stesso obbligo di farla, e questa interpretazione sembra a me la più retta. Mi sembra tale, oltre per le ragioni teoriche suesposte, anche per virtù della connessione intercedente fra l'art. 28 e il precedente art. 27. In questo è detto che " tutte le donazioni divenute perfette prima dell'attuazione del nuovo Codice sono regolate dalle leggi anteriori anche in ciò che riguarda la revocabilità, la risoluzione, o la riduzione di esse ". Or come la collazione può importare, se non vera e propria riduzione della donazione, una diminuzione di questa a danno del donatario, verrebbe manifestamente l'art. 28 a trovarsi in contraddizione, se non colla lettera, collo spirito dell'art. 27, se intendesse di sottoporre a collazione donazioni per le quali essa non è stata ordinata da chi la fece vigendo una legge che soltanto in sèguito di un tale ordine del donante vi dava luogo.

Nella seconda ipotesi enunciata sopra, nella ipotesi cioè che la donazione sia stata fatta vigendo una legge, la quale non conosceva affatto la collazione delle donazioni, e quindi nessuna norma intorno ad esse conteneva, e il donante sia morto sotto una legge, come l'italiana, che la collazione prescrive ove il donante non l'abbia dispensata, la quale ipotesi appunto si avvera nel caso Zogheb, pare a me che per le ragioni addotte rispetto alla prima ipotesi si debba pure escludere la retroattività della seconda legge.

Se invero non si può attribuire al donante, e propriamente al silenzio di questo circa la dispensa dalla collazione, posteriormente ad una legge che questa dispensa esige onde la collazione non si

faccia, un significato diverso da quello che le attribuiva la legge sotto il cui impero la donazione venne fatta, la qual legge anteriore disponeva in proposito inversamente alla posteriore, neppure si può a quel silenzio attribuire quel qualunque significato che la seconda legge le attribuisce ove la prima legge nulla affatto intorno alla collazione della donazione statuiva, ed anzi questo istituto ignorava affatto. Se è violenza fatta alla volontà dei contraenti la donazione, l'interpretar questa secondo una legge posteriore nella prima ipotesi, lo è del pari nella seconda ipotesi. Se nella prima ipotesi non è lecito disconoscere o disapplicare il genarale canone che i veri e propri effetti dei contratti si devono in ogni tempo giudicare secondo la legge sotto il cui impero i contratti vennero posti in essere, ciò non può maggiormente essere lecito nella ipotesi seconda. Se nell'un caso il donatario ha un diritto quesito e inviolabile in virtù del contratto, cioè della dichiarazione di donare, e del costante silenzio del donante posteriormente alla donazione fino alla morte di lui, nel secondo caso pure codesto diritto quesito e inviolabile è giocoforza riconoscere. E se per tutte queste ragioni non è a riputarsi fondata l'interpretazione letterale dell'art. 28 Disp. trans. civ. rispetto alla prima delle dette ipotesi, neppure ella è a riputarsi tale per le stesse ragioni rispetto alla seconda.

Vi hanno però anche ragioni di più nella seconda ipotesi, che nella prima, onde escludere un'altra interpretazione del silenzio del donante all'atto della donazione, e dopo di questa fino alla sua morte, che quella desunta dalla legge sotto il cui impero la donazione venne fatta.

Egli è invero ancor più difficile, cioè ancor più irrazionale, lo ammettere che chi donò, ignorando affatto l'istituto della collazione, abbia inteso poi, e lo abbia inteso senza in alcun modo significarlo, che il donato si dovesse conferire, di quello l'ammettere che chi ha donato, sapendo che la collazione della donazione non si doveva fare se non ordinata da lui, abbia inteso poi, benchè non lo abbia significato, che la collazione si dovesse fare, se da lui non dispensata. Imperocchè nel primo caso la assoluta intangibilità della donazione era certamente nel pensiero del donante e del donatario, mentre nel secondo caso l'un contraente e l'altro sapevano che la donazione avrebbe potuto essere sottoposta a collazione se il donante l'avesse in sèguito ordinata, e non ne sarebbe

stata esente se non in virtù di continuato silenzio del donante in proposito sino alla sua morte.

Male quindi avviserebbe chi riputasse convenire meglio alla seconda delle due ipotesi che alla prima, la letterale interpretazione dell'art. 28. Può sembrare in sulle prime che nella seconda ipotesi la retroattività della legge nuova abbia più libero campo d'azione davanti a sè, che nella prima. Ma è vana apparenza codesta; in realtà la gravità di tale retroattività è, come ho dimostrato poc'anzi, maggiore nella seconda ipotesi che nella prima. E in entrambe le ipotesi la retroattività della nuova legge sulla collazione delle donazioni non si può sostenere se non disconoscendo o disapplicando il canone ineccepibile che le intenzioni dei contraenti, e tutti i veri e propri effetti dei contratti, vogliono essere regolati secondo la legge sotto il cui impero questi vennero posti in essere, che i diritti quesiti in virtù dei contratti, in siffatta guisa interpretati, sono inviolabili, cioè da nessuna posterior legge possono essere disconosciuti, e in nessuna guisa manomessi.

Per tali considerazioni io non posso convenire nella decisione della Cassazione di Roma intorno alla collazione della donazione fatta dal sig. Michele Zogheb al figlio Antonio, vigente il diritto musulmano, nella eredità del sig. Michele, apertasi sotto l'impero del diritto civile italiano.

Conflitto di leggi in materia successoria e particolarmente con riguardo agli effetti dell'accettazione dell'eredità.

La controversia decisa dalla Corte d'Appello di Milano, con sentenza 21 marzo 1905 in causa Lanfranconi-De Romeri (*Giur. it.*, vol. LVII), e questa sentenza medesima, meritano di essere attentamente studiate. La questione, di cui vi si discute, concerne il giure civile internazionale. Si domanda se, posto che per diritto ungherese l'erede non è obbligato pei debiti ereditari se non *intra vires haereditatis*, a meno che egli si obblighi anche personalmente per essi, l'accettazione pura e semplice, che un italiano faccia in Ungheria di una eredità, composta di beni ivi situati, devesi intendere non obbligarlo pei debiti ereditari se non *intra vires haereditatis*, giusta il diritto ungherese, oppure obbligarlo anche al di là delle *vires haereditatis*, giusta il diritto italiano?

È l'anzidetto canone del diritto ungherese, ammesso anche in Inghilterra e in altri Stati, confermato dall'articolo 12 (al. 5°) della convenzione consolare 15 maggio 1874 fra l'Italia e l'Austria-Ungheria. In questo articolo è detto che, ove la eredità di un italiano in Austria-Ungheria sia passiva, devesi aprire *su di essa* il concorso. Or che cosa significa ciò, se non che l'attivo ereditario è la sola guarentigia dei debiti del defunto? Altrimenti non sull'eredità oberata aprirebbesi il concorso, ma in confronto dell'erede che non avesse estinto i debiti ereditari coi beni proprii aggiunti a quelli del defunto. Imperocchè in quei paesi si possono dichiarare falliti tanto i non commercianti quanto i commercianti.

La questione suenunciata può essere esaminata e risoluta da due punti di vista: dal punto di vista dell'accettazione dell'eredità, per sè medesima considerata, e da quello dell'accettazione considerata come elemento essenziale della successione.

Quanto al primo punto di vista, egli è anzitutto a domandare se esso ammissibile sia rispetto all'obbligazione, in particolare, dell'erede pei debiti ereditari. Lo negano i professori Buzzati e Catellani (*Intorno ad alcune questioni di diritto internazionale privato in materia di accettazione di eredità.* Varese, 1905). Essi premettono che " l'accettazione è un istituto strettamente connesso col regime successorio ", e che quindi la legge regolatrice, non della forma, ma degli effetti giuridici di essa, non può essere che la stessa legge regolatrice della successione. E da questa premessa deducono che l'accettazione, di cui è questione, benchè fatta in Ungheria, della successione di un italiano per parte di un altro italiano, deve produrre rispetto all'obbligazione dell'erede pei debiti ereditari il giuridico effetto che le attribuisce, non già la legge ungherese, ma bensì la legge italiana, da cui essi reputano pure dover essere regolata la successione medesima, sotto ogni altro rispetto. E citano molti autori in loro appoggio.

Io non convengo con loro nella deduzione che, rispetto alla obbligazione dell'erede pei debiti ereditari essi desumono dalla generale premessa da cui si dipartono, benchè codesta premessa io pure ammetta in tesi generale.

Pare a me che l'effetto dell'accettazione ereditaria, consistente nell'imporre o nel non imporre all'erede obblighi da soddisfare non col patrimonio ereditario, ma col patrimonio proprio, debba essere a parte considerato da quegli effetti dell'accettazione che riguardano il rapporto dell'erede coi beni dal *de cuius* lasciatigli. È tanto vero questo, che il gius romano e la maggior parte delle legislazioni moderne consentono all'erede di accettare l'eredità col benefizio dell'inventario; il che implicitamente vuol dire che l'accettazione dell'eredità, per ciò che riguarda l'estensione degli obblighi patrimoniali dell'erede, *intra* o *extra vires* della eredità, va considerata in relazione all'erede piuttosto che in relazione al *de cuius,* è piuttosto l'esercizio di un diritto proprio dell'erede, di quello stesso diritto proprio che egli ha di accettare o di non accettare, che non l'attuazione della volontà del defunto. E ciò posto, ne consegue che la legge regolatrice degli effetti dell'accet-

tazione, sotto il detto rispetto, non vi ha ragione perchè non debba essere la stessa legge che in generale regola la successione del *de cuius*, e la stessa accettazione sotto tutti gli altri rispetti, ma deve essere la legge regolatrice di tutte le libere manifestazioni della volontà dell'accettante nell'ordinario commercio della vita.

Quale sarà dunque la legge regolatrice degli effetti della accettazione ereditaria?

I detti miei colleghi affermano che, dato e non concesso, possa l'accettazione ereditaria venir regolata da una propria legge, questa non possa essere che la legge indicata dall'art. 9 del Titolo preliminare del Codice civile, qualunque sia lo Stato in cui l'accettazione viene fatta. Io osservo qui anzitutto che questo voler dare efficacia internazionale all'art. 9, come agli altri articoli di quel testo, è tesi generalmente ammessa bensì in Italia, ma pur discutibile assai; ritornerò però su di essa più tardi.

Ammessa però quella tesi, io non posso convenire coi colleghi che la legge da applicare alla accettazione ereditaria, a sensi dell'art. 9, debba essere la legge nazionale dell'accettante. Essi ravvisano nell'accettazione un atto unilaterale, nel quale una sola nazionalità è rappresentata. A mio avviso, l'accettazione dell'eredità è propriamente un quasi-contratto unilaterale, un quasi-contratto in cui l'accettante si obbliga verso altre persone, le quali non incontrano dal canto loro alcuna obbligazione (art. 1100). E queste altre persone sono i terzi creditori dell'eredità, i quali hanno il diritto di far valere i loro diritti in confronto dell'eredità prima e senza che l'erede chiamato abbia obbligo d'accettare l'eredità e di soddisfarli. Ciò posto, a me pare che, data pure l'applicazione dell'art. 9 anche alle accettazioni fatte in estero Stato di eredità ivi esistenti, la legge da applicare ad essa, in virtù di quell'articolo, debba essere la legge locale, se la nazionalità dell'erede e quella dei creditori siano differenti. D'onde consegue che l'accettazione della eredità di Enea Lanfranconi, situata in Ungheria e i cui creditori erano tutti ungheresi, fatta dalla signora Maria Lanfranconi, pure in Ungheria, doveva, in virtù del citato articolo 9, venir regolata dalla legge ungherese, e non dalla legge italiana.

Prescindendo ora dall'anzidetto, e supponendo che l'accettazione ereditaria sia elemento essenziale della successione, anzichè condizione di questa, e debbano quindi gli effetti di quella venir re-

golati dalla stessa legge che regola questa, cioè la capacità del *de cuius*, l'ordine e la distribuzione della successione legittima, l'intrinseca validità delle Disposizioni testamentarie, i diritti e gli obblighi dell'erede rispetto al patrimonio ereditario, era nel caso in questione da applicare la legge italiana tanto alla successione lasciata da un italiano in Ungheria, quanto all'accettazione di essa successione per parte di un erede italiano, oppure ungherese?

I detti miei colleghi rispondono: la legge italiana. E ciò perchè l'articolo 8 delle Disposizioni preliminari del Codice civile italiano, che in generale vuol regolata la successione ereditaria dalla legge nazionale del *de cuius*, è norma imperativa, assoluta, da cui il giudice non può in nessun caso, e con nessun pretesto, allontanarsi. In qualunque luogo sia situata l'eredità, e qualunque sia l'erede, il giudice italiano, il quale debba, sotto qualunque rispetto, conoscerne, non può applicare altra legge che l'italiana.

È una argomentazione facile codesta, ed anche comunemente fatta, eppure vi ha chi ne dissente, ma codesto dissenso è di una minoranza di giuristi, ed ha contro di sè, bisogna convenirne, non soltanto la lettera dell'art. 8, ma altresì l'orgoglio nazionale, che si compiace del primato italiano nel promulgare il canone dell'art. 8, la cui razionalità, la cui fondatezza teorica non si può mettere in dubbio, ed è universalmente riconosciuta. Fra gli scrittori italiani del diritto internazionale io sono forse stato il primo a censurare la clausola *finale* dell'art. 8: *ed in qualunque paese si trovino* (*La clausola finale dell'art. 8*, Torino, 1902, Unione tipografica-editrice), mentre già qualche autorevole giudicato mi aveva preceduto, e ciò che io ho scritto molti anni fa, mantengo anche oggi.

Ma prima di procedere oltre su codesto argomento, io osservo che nel caso in questione, l'inapplicabilità dell'art. 8 all'eredità lasciata da un italiano in Ungheria, almeno rispetto alla parte immobiliare di essa, parmi fuor di questione, in virtù della già citata convenzione consolare 15 maggio 1874, fra l'Italia e l'Austria-Ungheria.

L'art. 12 di questa convenzione statuisce che della eredità immobiliare di un italiano in Austria-Ungheria, e viceversa, sono competenti a decidere i giudici dello Stato in cui gl'immobili si trovano; della mobiliare invece i giudici della nazione del *de cuius*. Norma di competenza che venne ripetuta in Ungheria nella legge

24 giugno 1894 intorno alla procedura ereditaria. Non è dubbio, quindi, checchè si pensi in astratto intorno alla portata internazionale dell'art. 8, che il giudice italiano, conoscendo della eredità immobiliare di Enea Lanfranconi in Ungheria, e in particolare degli effetti dell'accettazione di essa per parte della erede Maria De Romeri-Lanfranconi, ove a questa accettazione si debba applicare la legge regolatrice di quella eredità in generale, deve applicarvi la legge successoria ungherese, e non già la legge italiana. Lo deve, se pur egli, oltre all'art. 8, conosce anche quella convenzione, e si ricorda altresì che una legge può essere derogata da un'altra, e che una convenzione dell'Italia con un altro Stato è pur legge italiana per l'Italia e pei giudici italiani. Si vorrà forse ritenere che l'art. 12 della suddetta convenzione, assegnando al giudice ungherese competenza di conoscere delle quistioni attinenti ad una eredità immobiliare in Ungheria, non abbia inteso altresì che quel giudice debba applicare la legge successoria ungherese, ma debba farsi ad applicare la legge successoria italiana? Oppure si vorrà ritenere che di quella eredità debbasi giudicare secondo la legge ungherese in Ungheria, e secondo la legge italiana in Italia? Io vorrei prima sapere chi tali strane cose avvisasse, e poi risponderei.

L'esempio della citata convenzione consolare italo-austro-ungarica addita e conferma la tesi che io ed altri scrittori, e parecchi tribunali italiani, propugniamo: non potersi l'art. 8 delle Disposizioni preliminari Cod. civ. applicare ad eredità situate in estero Stato, se non se ed in quanto lo consentano le norme civili internazionali vigenti in questo. Ogni Stato è autonomo nel disciplinare le relazioni giuridiche internazionali, che, come insegna il SAVIGNY, lui di preferenza interessano, che in esso hanno la loro *sede*. Dal quale evidente e indiscutibile canone discende in particolare la illazione che l'eredità, lasciata da un forestiero, è soggetta all'impero della legge di quello Stato in cui essa ritrovasi. Applicare l'art. 8 Disp. prel. Cod. civ. ital. ad una eredità esistente in un paese estero, la cui legislazione la disciplina, di qualunque nazione l'erede sia, in quanto codesta legislazione non abdichi espressamente alla propria sovranità in proposito, è un invadere il campo di una sovranità estera. E ciò è antigiuridico, è contraddizione allo scopo stesso del diritto civile internazionale, che è di prevenire e comporre le collisioni fra le leggi civili di Stati differenti, non di suscitarle. E

sarebbe anche opera vana, perchè i giudicati civili internazionali pronunciati in uno Stato, in ispreto dell'autonomia legislativa di uno Stato estero, cui il caso principalmente concerna e interessi, non potranno certamente essere in questo Stato eseguiti, nè in alcun modo e per nessun effetto civile considerati. Nella materia ereditaria, in particolare, è ancor oggi norma generalmente seguìta dalle legislazioni, che l'eredità immobiliare va regolata dalla legge dello Stato in cui sono gli immobili, la mobiliare invece, e soltanto, va regolata dalla legge personale del *de cuius*. Una legge, come il nostro art. 8, la quale sottopone alla legge nazionale tanto la eredità immobiliare, quanto la mobiliare, non può pretendersi applicabile ad una intiera eredità situata in uno Stato estero che la detta norma professi, senza offesa in pari tempo di questo Stato e del supremo criterio del gius civile internazionale, e senza tentare opera vana.

In altri termini, l'art. 8 è legge in materia civile internazionale bensì, ma è legge italiana. E come tale essa non può imperare in esteri Stati, in quegli Stati cioè cui principalmente concerne il caso, il che è quanto dire, in cui si trovano gli enti ereditari. Egli è certo da augurare, ed egli è anche da sperare, che il canone dell'art. 8 Disp. prel. del Cod. civ. it. venga universalmente accettato; ma fino a che ciò non sia accaduto, è impossibile che quell'articolo venga applicato nelle questioni civili internazionali successorie in confronto d'ogni e qualunque Stato, il quale abbia o non abbia scritto nelle proprie leggi quel medesimo principio.

Sono queste in sostanza le ragioni da me addotte e da altri per togliere alla *clausola finale* dell'art. 8 quel valore assoluto che ella sembra avere. Tesi ardita codesta al certo, ma non per ciò solo da ripudiarsi, poichè gravi sono le ragioni che lo impongono. Sono del mio avviso Lomonaco (*Trattato di diritto civile italiano*, p. 202); Ricci (*Corso*, ecc., 1ª ed., vol. III, p. 111); Gianzana (*Lo straniero*, parte II, p. 118); Fiore (*Dir. int. priv.*, III, p. 1205). Contro però Pacifici-Mazzoni (*Istit.*, 3ª ed., vol. I, p. 435, nota 1); Ricci (2ª ed., *Id.*, vol. I, p. 238); Fedozzi (*Temi veneta*, 1900, p. 89); Anzilotti (*Studi critici di diritto int. pr.*, p. 248); Venzi (*Foro it.*, 1903, I, col. 754 e seg.); Battaglia (*Il diritto*, 1905, p. 56 e seg.). E parecchi giudicati adottarono pure la tesi da me propugnata; di cassazione in particolare. Ved. Cassazione

Torino, 22 dicembre 1870 (*Giur. it.*, 1870, I, 997), e 17 giugno 1874 (*Ivi*, 1874, I, 1, 584); Cass. Palermo, 25 agosto 1894 (*Ivi*, 1894, I, 1, 901). Contro però Cass. Napoli, 21 giugno 1895 (*Ivi*, 1895, I, 1, 642).

Se ha un lato debole la dottrina suenunciata circa il limite razionale di applicazione dell'art. 8 Disp. prel. Cod. civ. ital., e specialmente della clausola finale di esso, è di essere la medesima isolata, il non essersi cioè professata una dottrina analoga rispetto a tutti quanti quei canoni del diritto civile internazionale italiano, i quali, benchè razionali si possano o si vogliano ritenere, pure, al pari dell'articolo 8, non sono stati ancora accolti da tutte le legislazioni dei civili Stati. E veramente questa più generale dottrina è necessaria per la retta interpretazione ed applicazione degli articoli 6-12 Disp. prel. Cod. civ. ital., e come ella trarrebbe la maggior sua conferma dalle parecchie applicazioni singole sue, così ciascuna di queste ritrarrebbe da quella il più saldo, perchè il più ampio, suo fondamento (1).

Riprendendo ora, non più nell'interesse della scienza pura, il caso Romeri-Lanfranconi, io vi aggiungerò alle precedenti un'altra osservazione. Ammesso, ma non concesso, che l'accettazione di Maria Romeri-Lanfranconi dovesse essere giudicata secondo la legge italiana, e non secondo la legge ungherese, e quindi avesse per sè medesima l'effetto di obbligarla verso i creditori di Enea Lanfranconi anche *ultra vires haereditatis*, senza distinguere fra beni immobili e beni mobili, codesto effetto sarebbe ad ogni modo reso impossibile da un'altra testuale disposizione della convenzione consolare italo-austro-ungarica, 15 maggio 1874. Essa è ancora il già citato alinea 5 dell'art. 12, il quale alinea statuisce, come ho detto, che, ove la eredità di un italiano in Ungheria sia passiva, debba su di essa aprirsi il concorso. Codesta disposizione, oltre al significare, come ho già avvertito, che, per diritto ungherese, l'erede non è obbligato *ultra vires haereditatis*, significa altresì, e lo significa tanto in Italia, quanto in Ungheria, che, poichè l'eredità di

(1) Allo studio e alla esposizione di tale dottrina è dedicata la mia *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, che si va pubblicando negli Atti della R. Accademia dei Lincei.

Enea Lanfranconi era passiva, nessun creditore di lui, il quale non avesse domandato l'apertura del concorso, poteva pretendere di essere pagato dall'erede coi beni propri di questo, potendogli questo opporre che di solo suo arbitrio, e contravvenendo alla legge, egli pretenderebbe un trattamento migliore di quello toccato agli altri creditori del *de cuius*.

PARTE SECONDA

QUESTIONI DI DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

Obbligazioni civili al portatore.

Se in diritto civile italiano siano ammissibili obbligazioni civili al portatore, è disputato assai. L'affermativa fu ritenuta dalla Corte di Bologna, 18 settembre 1890 (*Foro it.,* 1891, I, 385, e 28 dicembre 1896 (*Ib.,* 1897, I, 658), e dalla Cassazione di Roma, 31 dicembre 1891 (*Ib.,* 1892, I, 884). Il contrario ritenne la Cassazione di Napoli, 15 dicembre 1981 (*Ib.,* 1882, I, 173), e anche, implicitamente, la Corte di Genova, 12 marzo 1894 (*Ib.,* Rep. 1894, voce *Obbligazione*, n. 27). Nel campo della scienza del diritto civile italiano pronunziaronsi per l'affermativa il Giorgi (*Trattato delle obbl.*, vol. VI, p. 327), per la negativa il Chironi (*Giurisprudenza ital.*, 1892, IV, p. 129); prima di questi furono per la negativa, nella scienza del diritto comune, Savigny e Windscheid, come in sèguito dirò.

Anch'io sono convinto che obbligazioni civili al portatore non siano affatto ammissibili nel presente diritto civile italiano, inconciliabili cioè collo spirito e colla lettera di questo, rettamente interpretato. E ciò mi propongo di dimostrare.

Prenderò le mosse da un riflesso fatto dall'illustre Giorgi, principale campione della dottrina che io combatto. Nel vol. VI della 2ª edizione del suo *Trattato delle obbligazioni* (n. 218, 235, 580), egli dice: " *de lege ferenda* (n. 218), sebbene il principio della libertà delle convenzioni suggerisca la illimitata facoltà per chicchessia di obbligarsi sotto la forma di titoli al portatore, pur tuttavia non sapremmo biasimare una legge, la quale, ispirandosi a considerazioni di sociale convenienza, restringesse, entro certi

confini, questa facoltà, segnatamente a riguardo di taluni titoli, che, per la natura dell'obbietto preso di mira, o per il gran numero che se ne gettasse sul mercato, potrebbero dar luogo a perturbazioni economiche „. Certamente fra i titoli più facili ad *essere gettati in gran numero sul mercato* sarebbero in prima linea appunto le obbligazioni civili al portatore, che, fra le altre cose, renderebbero ancor più facile e comodo il mestiere degli usurai.

Ora, io dico, se sarebbe bene che il legislatore limitasse la libertà di obbligarsi civilmente *al portatore*, ove egli l'avesse accordata in massima, e se in realtà il nostro legislatore non ha espressamente accordato codesta libertà, non è egli logico il pensare che cotesto silenzio significhi appunto che per convenienza sociale egli non abbia voluto nè inteso accordarla? Non è egli ragionevole pel giudice lo astenersi dallo ammettere ciò che il legislatore espressamente non permise, ma che egli non avrebbe senza condizioni e restrizioni dovuto permettere, anzichè dal silenzio del legislatore desumere una libertà illimitata, che si sa e si dice ripugnante ad una savia legislazione? Come si può egli ritenere *de lege condita*, mentre la legge tace, ciò che *de lege condenda* si riconosce che non sarebbe da commendarsi? Non è ella invece più retta logica il ritenere che la *lex condita* coincide colla *lex condenda*, appunto perchè quella tace, che cioè non permetta la prima ciò che questa non potrebbe permettere senza restrizioni e limitazioni? Che cioè il legislatore abbia precisamente inteso queste limitazioni e restrizioni nel senso di non consentire affatto la facoltà di obbligarsi civilmente al portatore, e coll'effetto, quindi, di neppure menzionare codesta facoltà?

In realtà la quistione proposta si risolve nell'interpretare il silenzio del legislatore italiano circa le obbligazioni civili al portatore, nel determinare cioè se sianvi o no ragioni, e, s'intende, ragioni insite nello spirito e nel sistema della attuale nostra legislazione, per ritenere che questa non soltanto siasi astenuta, ma sia affatto aliena dallo ammettere siffatte obbligazioni. A me pare che il Giorgi proceda troppo lestamente, argomentando la libertà di obbligarsi civilmente al portatore " dall'assenza di qualunque disposizione proibitiva „ (vol. VI, p. 327), e dal generale disposto degli art. 1123, 1320. Imperocchè, come il non proibire non vuol sempre dire permettere, più che il tacere voglia sempre dire consentire, così la generica espressione dell'art. 1123 " *con-*

tratti legalmente fatti „ può dimandarsi appunto se anche alle obbligazioni in quistione si possa applicare; e il generico disposto dell'art. 1320, che la scrittura privata riconosciuta fa fede come l'atto pubblico di fronte a chi l'ha sottoscritta, non implica per nulla di per sè solo che una obbligazione civile *al portatore*, riconosciuta pure dall'emittente, oltre a far fede contro costui, valga altresì a costituire un vero e valido obbligo di lui verso un terzo qualunque, il quale ne sia venuto legittimamente in possesso. Se ciò sia, se verso *il portatore* si possa legalmente costituire una obbligazione, se il silenzio della legge intorno alle obbligazioni civili *al portatore* implichi riconoscimento di queste, sono punti, lo ripeto, che, in difetto di espresse e speciali dichiarazioni del legislatore, devonsi chiarire con criterî desunti dal complessivo sistema e dallo spirito della intiera nostra legislazione civile attuale. La Cassazione di Napoli ha interpretato in senso addirittura contrario a quello datovi da Giorgi il silenzio suddetto, ma non ha poi convalidato, come sarebbe stato mestieri, tale interpretazione. Io seguo pure codesta interpretazione, e credo poterla convalidare nel senso e nel modo anzidetti.

Le obbligazioni civili *al portatore*, io dico, non sono conciliabili nè collo spirito della nostra legislazione, nè colla lettera, cioè propriamente coi generali e fondamentali principî del nostro diritto civile attuale in materia di obbligazioni e di contratti, epperò non si possono ammettere, se e finchè il legislatore espressàmente non le riconosca e permetta.

Quanto al primo punto basta riflettere al fatto che nello stesso diritto mercantile, al quale pure sembrerebbe più conveniente la libertà di obbligarsi *al portatore*, codesta obbligazione non è ammessa che in pochi e rari casi, come p. es., negli art. 164, 340, 550, e apparisce quindi come eccezionale. Le stesse cambiali, in particolare, questa *carta moneta* dei commercianti, niuno dubita che non possono essere stillate *al portatore*. Eppure rispetto all'obbligazione cambiaria il legislatore deroga ad altri canoni generali del diritto civile, come p. es., a quello dell'art. 1539! Ora io dico, se nel diritto mercantile l'obbligazione *al portatore* non è ammessa che per eccezione, se nello stesso eccezionale diritto cambiario ella non è ammessa affatto, come è possibile reputarla conciliabile collo spirito del diritto civile, e ammetterla in questo, solo perchè il legislatore nulla dice in proposito? Non è questo

il caso di appellare nuovamente al Giorgi medesimo, il quale ammette, come ho notato sopra, che *de lege condenda* non sarebbe ammissibile la illimitata libertà di obbligarsi civilmente *al portatore*? Imperocchè sono certamente gli stessi riguardi che il Giorgi vorrebbe apprezzati *de lege condenda* in materia civile, quelli che hanno effettivamente determinato il legislatore a non consentire *de lege lata* che poche obbligazioni mercantili al portatore, e quindi egli è giocoforza ritenere che appunto *de lege lata* col solo suo silenzio il legislatore abbia inteso proscrivere la obbligazione civile *al portatore*, come *de lege lata* niuno dubita che egli intese escludere del pari, col solo suo silenzio, la obbligazione *al portatore* cambiaria. Può dirsi che neppure sarà mai possibile che il nostro legislatore permetta la obbligazione al portatore *civile*, senza avere prima permesso l'obbligazione *al portatore* cambiaria. E intanto deve pure ognuno convenire con me che non sarebbe animata da un unico spirito, una legislazione che ammettesse le obbligazioni *al portatore*, quando queste fossero civili soltanto, mentre non le ammettesse quando fossero mercantili, e neppur quando rivestissero la forma di obbligazioni cambiarie, quella forma che è stata resa appunto più speditiva di tutte le altre, liberandola da molte ordinarie esigenze della civile contrattazione.

È poi manifestamente inconciliabile la obbligazione civile al portatore con fondamentali canoni del nostro diritto civile intorno alla conchiusione e perfezione dei contratti. L'obbligazione civile al portatore è certamente anch'essa una figura di contratto, ma è tale figura in cui l'indeterminatezza della persona del creditore toglie di mezzo il pieno e più essenziale requisito dei contratti, che è il consenso, cioè l'incontro consapevole di due volontà in *idem placitum*.

Si risponde a questo gravissimo obbietto col dire, p. es., colla Corte di Bologna: non è necessario che l'espressione del consenso sia simultanea, potendo avvenire dopo, a distanza, e senza la contemporanea presenza delle parti, come si pratica nelle obbligazioni che si contraggono per corrispondenza. Ma nel contratto per corrispondenza, come è inteso dalla prevalente nostra giurisprudenza civile, e anche dal Codice di commercio (art. 36), la perfezione del negozio si ha quando l'accettazione arriva all'offerente, e allora i due consensi si incontrano, e precisamente si incontrano dove solo può accadere questo fatto psicologico, cioè nella co-

scienza di entrambi i contraenti. E appunto perchè non vi ha, nè vi può essere incontro di consensi finchè l'offerente non fa che scrivere la sua proposta o spedirla, e finchè questa è in viaggio, o il destinatario non ha preso cognizione dell'offerta, o non l'ha accettata o, accettata, non ha fatto che scrivere alla sua volta la risposta di accettazione e spedirla all'offerente, finchè questa risposta è in viaggio e non sia arrivata a cognizione dell'offerente, — non è possibile far risalire la perfezione del contratto per corrispondenza al principio dei relativi atti, ma il non potersi codesto non osta per nulla che si ravvisi incontro di consensi e perfezione di contratto in un momento posteriore, cioè quando l'affermativa risposta dell'accettante viene a cognizione dell'offerente. Se fosse vero che, nel nostro diritto civile, si può dare consenso contrattuale meramente *obbiettivo*, cioè semplice conformità di due distinte volontà, senza consapevolezza di entrambe le parti, non sarebbesi veduta la nostra giurisprudenza civile scendere quasi unanime nella opinione che il contratto per corrispondenza non si perfezioni se non nel momento in cui l'offerente viene in cognizione della accettazione, nè il Codice di commercio vigente avrebbe seguìto e proclamato lo stesso principio.

Che cosa sia contratto, lo dice l'art. 1098 Codice civile, variando di poco un noto dettato romano: è l'accordo di due o più persone per costituire o regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico. È dunque anzitutto necessario che ci siano due parti contraenti, le quali concorrano in una medesima volontà, vogliano cioè, e sieno consapevoli entrambe nel medesimo tempo di volere la medesima cosa, e di volerla l'una perchè la vuole l'altra. La forma in cui questo consenso e questa consapevolezza si manifestano, è indifferente: può essere verbale, può essere scritta. E se la forma del contratto è scritta, può tanto essa consistere in un documento firmato da entrambe le parti contemporaneamente, quanto in uno scritto firmato da una parte sola, dal solo debitore, giusta il disposto dell'art. 1325 Codice civile. In questo secondo caso, a torto allegato come analogo all'obbligazione *al portatore*, egli è evidente che il creditore nominato nella polizza, per il solo fatto di prevalersi di questa contro chi l'ha scritta, pone in essere il concorso della sua volontà con quella del debitore sottoscritto, e non dal giorno soltanto in cui quel fatto si compie, ma fin dal giorno in cui la polizza è stata sottoscritta dal debitore.

Ora, in una obbligazione scritta *al portatore*, dov'è egli il primo requisito di ogni contratto, il concorso di due volontà, mentre l'altro preteso contraente, il creditore, non vi è nominato? E come è egli possibile che chi si vuole prevalere della relativa polizza contro chi l'ha sottoscritta venga considerato porre in essere il concorso della volontà sua con quella del debitore sottoscritto, fin dal giorno in cui la polizza è stata stillata? Non è dunque l'obbligazione *al portatore* un contratto, nè secondo il concetto generale del contratto, contenuto nell'art. 1098, nè secondo lo speciale concetto dell'obbligazione unilaterale, sottoscritta dal solo debitore, giusta l'art. 1325 Codice civile. E per non avere fondamento in un contratto, non è essa dunque affatto ammissibile a termini del vigente divitto civile italiano.

Chi vuole ammettere l'obbligazione *al portatore* in diritto civile italiano deve professare francamente potersi in diritto italiano assumere una obbligazione verso una persona indeterminata. Dico assumere una obbligazione, e non già semplicemente *essere obbligato*, perchè uno può essere obbligato per testamento altrui a fare una elargizione a persona indeterminata, la cui determinazione però sia stata predisposta con sufficienti criteri dal testatore medesimo; in questo caso però l'obbligo non è assunto, ma è imposto, è un onere della eredità, e chi verrà a profittarne, non profitterà già d'un contratto, ma effettuerà semplicemente una *mortis causa capio*. Nè del resto hanno nessun rapporto coll'obbligo in discorso le trasmissioni di proprietà a persona indeterminata, come per es. la *jactatio missilium in vulgum*, nella quale i trasmittenti han già perduto il possesso, quando il terzo sconosciuto lo acquista. Obbligo verso persona indeterminata non può essere assunto nel diritto civile italiano, come è riconosciuto non poterlosi nel diritto romano (Windscheid, 7ª ediz., vol. II, p. 149, I, n. 1); e non lo può perchè l'un diritto e l'altro non conoscono altro rapporto giuridico volontario fra due persone, se non il contratto, inteso nel modo sopraddetto, oppure il quasi-contratto, perchè l'un diritto e l'altro sono sempre dominati dalla tradizione romana, formulata nel noto aforismo: *nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non posse* (leg. 55, Dig., *de obl. et act.*). È noto infatti che il diritto romano non dava effetto all'*offerentis solius promissum*, cioè alla *pollicitatio*, se non eccezionalmente a favore dello Stato, del Comune o della Chiesa (V. Arndts, § 241; Windscheid,

vol. II, § 307). Sarebbe bene, l'ho riconosciuto già, che il diritto nostro si liberasse una buona volta da quella troppo ristretta e formalistica dottrina romana, e riconoscesse, dentro i giusti limiti, il ben più razionale e giusto principio, vigente là dove mancano le tradizioni giuridiche romane, come in Inghilterra e in Danimarca, il principio ciòè che la *semplice promessa vale come fondamento dell'obbligazione*. Principio propugnato recentemente da Siegel (*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Vienna, 1873), ma che giustamente il Windscheid afferma valere piuttosto *de lege ferenda* che nella interpretazione del diritto positivo *(ib.)*. Finchè codesta riforma non sia stata introdotta nel diritto civile italiano, non soltanto è impossibile dar valore in questo all'obbligazione *al portatore*, rappresentandola come un contratto, ma io non esito a dire essere impossibile anche il dare una dimostrazione rigorosa della validità ed efficacia delle stesse così dette *promesse pubbliche* (1). Se non che rispetto a queste la quistione può forse venire risoluta in pratica dalla consuetudine là dove questa è ancora fonte di diritto; la quale consuetudine, osserva giustamente il Savigny (l. c., pag. 124), è anche stata la sola e vera autrice di quelle parziali deroghe ai suddetti generali principî, cioè di quelle singole obbligazioni al portatore, che in onta alla tradizione romana si sono fatto strada nel costume e nella legislazione commerciale della Germania, della Francia, e dell'Italia.

I sostenitori della dottrina da me combattuta credono di poter trovare il principale loro appoggio nella dottrina della cessione. Per essi la quistione della ammissibilità delle obbligazioni civili *al portatore* si risolve in quistione circa la validità di una cessione di credito senza le formalità volute dall'art. 1539, le quali formalità essi reputano poter essere rimesse e condonate dall'obbligato medesimo nell'atto in cui la obbligazione viene assunta.

A primo colpo d'occhio apparisce inammissibile siffatto modo di rappresentare le obbligazioni *al portatore*. Cessionario il *portatore*: ma di chi? Si risponde: del precedente portatore, risalendo

---

(1) L'Arndts infatti (*ib.*) riconduce la promessa pubblica (*auslobung*) alla *pollicitatio*, ma il Windscheid (l. c.) giustamente lo nega. Infatti nella *pollicitatio* non vi ha nessuno che accetta mentre le promesse pubbliche vengono accettate da chi presta il fatto domandato.

su su fino al primo prenditore di titolo. Ma se i precedenti portatori non figurano nel titolo, nè ha d'uopo il portatore ultimo di dimostrarli, come può quest'ultimo portatore figurare qual *cessionario*, mentre non si sa, nè v'ha d'uopo di sapere chi sia il cedente, e di cedente non si discorre affatto? Sta bene che i titoli al portatore non sono *missilia in vulgum jactata*, che all'emittente e ad ogni posteriore portatore essi giovano in quanto li collocano *brevi manu*, cioè li cedono materialmente contro danaro, ma questa *materiale* cessione non si deve assumere come *giuridica*, cioè non si deve confondere colla vera e propria cessione, della quale parla il Codice civile. La qual cessione, scritta o non scritta che sia, è anzitutto un rapporto giuridico, che non si suppone, ma deve essere provato, e che ha esistenza propria ed effetti proprî fra due persone distinte e bene individuate, nessuna delle quali può mancare, e l'una delle quali si chiama cedente, l'altra cessionario. Or di questa cessione non vi è luogo a discorrere rispetto a un titolo *al portatore*, senza disconoscere e rinnegare l'indole e la funzione propria di questa specie di titoli di credito.

In realtà, la odierna scienza del diritto è tutta contraria, appunto per l'anzidetto motivo, all'applicazione della dottrina della cessione alle obbligazioni *al portatore*. Già il Savigny (*Obligationen*, I, pag. 92 e segg., Berlino, 1883), che è proprio un peccato non sia stato studiato dai giureconsulti che io combatto, fece avvertire che i titoli *al portatore* ebbero precisamente per iscopo di sottrarre il commercio dei crediti a quel che egli chiama *due difficoltà* della cessione, cioè: *a)* che il credito rimane sempre in relazione coll'originario debitore; *b)* che l'ultimo cessionario, che fa valere il credito, deve provare tutte le cessioni intermedie! Ragione per cui il medesimo Savigny, il quale, come ho detto, negò pel primo la validità delle obbligazioni al portatore nello stato presente del diritto, sostiene che, ammessa tale obbligazione, il debitore possa non soltanto eccepire al portatore ciò che avrebbe potuto eccepire al primo acquirente e cedente, come p. es., la *exceptio non numeratae pecuniae*, ma altresì, ove egli provi una cessione intermedia ad un prezzo inferiore al nominale, possa eccepire al portatore la *lex anastasiana*! Fra i più recenti pandettisti, il principe, cioè il Windscheid, afferma anch'egli che la trasmissione dei titoli *al portatore* non ha nulla di comune colla cessione (*Pand.*, § 291, nota 2, d. 333, n. 13). Ond'egli, considerando la ob-

bligazione *al portatore* secondo la sua propria natura, nega che il debitore possa mai eccepire la *lex anastasiana*, come, per converso, il SAVIGNY, considerando appunto che quella obbligazione non può essere ammessa nel diritto vigente secondo la propria natura sua, consente, a chi di fatto sia debitore in quella forma, di fare, se gli riesca, al portatore la detta eccezione, ed altre ripugnanti affatto alla vera e propria indole della obbligazione medesima. Al quesito di quale indole poi sia propriamente il rapporto giuridico fra il portatore della obbligazione in discorso e il debitore da una parte, i precedenti portatori dall'altra, variamente bensì rispondono i moderni giureconsulti, ma non vi è quasi più nessuno che ricorra in proposito alla dottrina della cessione. Il WINDSCHEID annovera non meno di *cinque* diverse opinioni, delle quali una sola scorge una cessione nella successiva trasmissione del titolo al portatore, *tutte le altre quattro* abbandonano affatto il concetto della cessione!

È lecito maravigliarsi che i sostenitori della tesi che io combatto, mentre si atteggiano a campioni del progresso del diritto, non sappiano presentarla e patrocinarla, se non mettendosi in aperta contradizione coi risultati più recenti della scienza, e senza neppure tener conto di questi. Anche soltanto però per questo fatto, di essere la dottrina della Cassazione di Roma e della Corte di Bologna intorno alla natura giuridica della trasmissione dei titoli al portatore ripudiata dalla quasi totalità dei giureconsulti odierni, aventi alla loro testa il SAVIGNY e il WINDSCHEID, ella apparisce destituita di ogni probabilità di essere vera, di poter servire per nulla a sostenere la validità di quella specie di obbligazioni. Sarebbe stato davvero miglior consiglio pei sostenitori di questa tesi l'aver maggior coraggio, il farsi addirittura banditori della dottrina, che nel diritto odierno italiano possa valere anche una obbligazione che non si possa ridurre a forma nè di cessione, nè di altro contratto. In questo modo, oltre allo scansare gli obbietti desunti dalla dottrina dei contratti, essi avrebbero anche avuto il merito di parlar chiaro, e di atteggiarsi a campioni di una interpretazione nuova del diritto civile italiano. Vero è che in questa maniera essi avrebbero causato assai maggior sorpresa, e suscitato a prima giunta una disposizione ancor meno favorevole nei loro ascoltatori; ma avrebbero anche subito sentito la necessità di acuir meglio le loro armi, e anzi tutto di approfondir meglio il subbietto, onde meglio difender la loro tesi. In sostanza

però la situazione loro non sarebbe stata mutata per nulla; imperocchè il vero senso della loro dottrina non è altro che quello anzidetto, cioè: chi afferma essere valida in diritto italiano attuale una obbligazione scritta, senza designazione del creditore, e senza che chi si vale del titolo contro il debitore debba provare da chi l'ha avuto, nè debba temere eccezioni concernenti i possessori antecedenti e lo stesso originario creditore, dice in sostanza, nè più nè meno, che in diritto italiano attuale vale la dottrina che la semplice promessa è sufficiente e valido titolo di obbligazione.

Col volere equiparare la trasmissione delle obbligazioni al portatore alla cessione, destituita soltanto della notifica al debitore ceduto, la Cassazione di Roma e i precursori suoi hanno perduto di vista ciò che vi ha di speciale in quelle obbligazioni, e si sono trovati dispensati dal rendere chiaro a sè medesimi quale sia il momento in cui esse vengono poste in essere, e fra chi. Si può domandare infatti a quei giureconsulti: il sottoscrittore dell'obbligazione al portatore si obbliga egli forse verso il primo prenditore del titolo? Ma a questa domanda è impossibile rispondere affermativamente, perchè il primo prenditore non figura nel titolo, e, se obbligazione fra i due si vuole immaginare, questa non può avere per oggetto se non la stessa emissione del titolo, la quale non è ancora vera e diretta obbligazione della somma di denaro, nel titolo indicata. Sarà dunque l'emittente obbligato per una somma di denaro verso il portatore, solo perchè tale, e lo stesso originario prenditore non figurerà verso il debitore, che come semplice portatore, prescindendo affatto dal rapporto obbligatorio anteriore fra loro interceduto. Ma di portatori del titolo, oltre all'originario prenditore, ce ne possono essere molti; sarà adunque l'emittente obbligato verso tutti i portatori? E che significherebbe codesto? Forse che sono tanti obblighi successivi, quanti i portatori? Questo non può essere, perchè nessuno di quei portatori figura nel titolo, e ognuno di essi, che ad un altro sottentri, fa sparire questo del tutto, così in diritto, come in fatto. E dunque? Sarà forse l'ultimo portatore, quello verso cui l'emittente si obbliga? Ma chi è l'ultimo portatore di fronte all'emittente, e nell'atto dell'emissione del titolo? (1).

(1) Per me, io non esito a dichiararmi dell'opinione, già da altri sostenuta (v. Windscheid, § 291, nota 8), che l'obbligo dell'emittente, l'obbligazione al

Non è quindi una cessione quella che i giureconsulti che io combatto dànno per titolo al diritto del *portatore*, ma è una tale mutilazione della cessione, che non si sa più che cosa sia, fuorchè veramente un'incognita adoperata per spiegare un'altra incognita. Per essi il titolo civile *al portatore* non è altro che un debito dell'emittente verso il primo prenditore, stipulato da questo per sè e per tutti i portatori successivi, colla clausola di poterlo cedere altrui senza obbligo di notifica al debitore originario od emittente. La trasmissione o circolazione cioè del titolo *al portatore* è per quei giureconsulti una serie di applicazioni del diritto che ognuno ha di cedere un proprio credito, senza però l'obbligo della notifica al debitore ceduto, imposto al cessionario dall'art. 1539 del Codice civile, al quale obbligo, essi dicono, il debitore ha implicitamente rinunciato col fatto stesso di obbligarsi *al portatore*, e la quale rinunzia il debitore può certamente fare, perchè l'obbligo della notifica non è *d'ordine pubblico*, ma di ordine e interesse tutto ed esclusivamente privato, a vantaggio del debitore ceduto. Concetto quest'ultimo, che, prima di essere accolto dalla Cassazione romana, e dai precursori di questa, lo era stato già da decisioni francesi, e p. es. da una sentenza della Cassazione di Parigi, 8 maggio 1878. Ma è un erroneo concetto. Non la sola notifica al debitore ceduto manca nella trasmissione dei titoli *al portatore*; vi manca ben più; come sopra ho reso chiaro, vi manca lo stesso fatto della cessione. Imperocchè cessione non vi ha dove non esistono il cedente e il cessionario; ora chi fa valere un titolo *al portatore*, se anche si voglia chiamarlo cessionario, non ha però davanti a sè un cedente, nè ha obblighi di sorta verso il cedente suo, perchè egli non ha nessun bisogno di nominarlo, e dunque non lo si può chiamare cedente.

La figura giuridica delineata dai giureconsulti che io combatto, non conviene già ai titoli *al portatore*, ma piuttosto e soltanto alle obbligazioni civili *all'ordine*. Le quali obbligazioni, benchè ammesse da parecchi giudicati francesi, come in sèguito si vedrà, io non credo neppur esse facilmente ammissibili nel nostro gius civile, poichè l'espressione *all'ordine* è propria esclusivamente nel gius

---

portatore, esiste soltanto verso il portatore che presenta il titolo per essere pagato, e non prima del momento di questa presentazione.

mercantile, e qui ha il valore e senso attribuitole dall'uso; nè del resto includono quelle obbligazioni cedibilità senza notifica, ma piuttosto e semplicemente, io credo, una *adiectio personae solutionis causa*, colla sola peculiarità che questa persona riservasi il creditore di designare più tardi. L'obbligazione *al portatore*, a differenza da quella *all'ordine*, non è verso nessuna persona determinata, e appunto perciò non può fondare nessun rapporto giuridico fra il preteso cedente e il preteso cessionario, non è possibile ravvisare nell'efficacia sua una serie di cessioni, prescindendo anche dal rapporto fra cedente e cessionario da una parte, e debitore ceduto dall'altra.

Poste queste cose, sarebbe superfluo prendere in esame l'opinione della Cassazione romana e dei giureconsulti che l'approvarono, circa la possibilità della rinuncia del cedente al diritto della notifica della cessione. Data, come ho detto, questa modificazione della dottrina della cessione, non si è ancora giustificato il titolo al portatore, ma soltanto e tutt'al più il titolo *all'ordine*. Pur nondimeno, onde non negare la debita considerazione a nessuna proposizione dei giureconsulti che io combatto, dirò il mio avviso anche su quel punto.

Che in generale si possa concepire una cessione, valida contro il debitore ceduto, anche senza notifica, non è dubbio, poichè l'uso dei titoli all'ordine è legittimo e quotidiano nel diritto mercantile. Ma ciò che io non posso ammettere si è che siffatta modificazione possa validamente farsi altrimenti che per legge, oppure per consuetudine, là dove questa conserva virtù di fonte del diritto. E ciò non tanto perchè la notifica al debitore ceduto sia di *ordine pubblico*, quanto perchè essa è un *essentiale* di quel negozio che cessione si chiama. Che i *naturalia* e gli *accidentalia negotii* rimangano nella privata balìa dei contraenti, non fu mai revocato in dubbio; ma rispetto agli *essentialia negotii* fu sempre insegnato il contrario. Del resto, non mi pare esatto il dire che quell'elemento delle cessione non abbia anche pubblica importanza, se si riflette alle dannose incertezze, che proverrebbero al commercio dei crediti, dal pagamento fatto all'originario creditore accontentandosi il debitore di una ricevuta di saldo; senza esigere la restituzione del titolo, il quale potrebbe essere stato già ceduto ad un'altra persona. È tanto vero non essere cosa lieve il prosciogliere la cessione dal requisito della notificazione, che appunto per questo mo-

tivo durò fatica a radicarsi nella consuetudine l'istituzione della gira cambiaria (V. Biener, *Wechselrechtliche Abhandl.*). Ora, poichè il Codice civile italiano fa della notifica un elemento essenziale della cessione, pare a me chiarissimo che un istituto giuridico, il quale, come la obbligazione *al portatore*, si fonda sulla dispensa dall'obbligo di detta notifica, non possa assolutamente venire oggi validamente posto in essere mediante un contratto, anche esplicitissimo, su tale proposito, poichè questa stipulazione si infrangerebbe contro la parola imperativa del legislatore.

Avevo dunque ragione di dire che la dottrina da me combattuta, oltre che allo spirito, ripugna a canoni fondamentali del diritto civile vigente. Nuova conferma di questo giudizio può ora ritrarsi dalle conseguenze giuridiche, a cui quella dottrina necessariamente conduce.

Il merito di aver tracciato un quadro di queste conseguenze spetta al chiarissimo prof. Gaudenzi nelle sue ingegnose memorie intorno alla causa decisa dalla ricordata sentenza della Cassazione di Roma. Egli nota che, data quella tesi, l'obbligazione diventa imprescrittibile, anche rispetto agli interessi; — non è possibile al debitore l'offerta reale; — non è possibile al debitore eccepire nullità iniziale dell'obbligo per vizi di consenso. Lascio altre conseguenze giustamente pure notate dal Gaudenzi, ma concernenti piuttosto interessi pubblici di vario genere, e la tutela loro amministrativa e penale.

Con certe riserve parmi che si possa accettare l'opinione del Gaudenzi circa la perpetuità dell'obbligazione al portatore, e circa la imprescrittibilità degli interessi della somma in tal guisa promessa. Se cioè la obbligazione al portatore non contenga la designazione di un termine, oltre il quale essa non debba durare, la quale designazione potrebbe benissimo mancare, parmi evidente che di prescrizione della relativa azione non si possa parlare, perchè per ogni *requirente* del titolo l'azione di pagamento non è *nata* se non dal momento del suo acquisto. Non si concepisce del resto maggiormente la prescrizione di una obbligazione *al portatore*, non circoscritta dentro un certo limite di tempo, di quello che si concepisca prescrizione di un biglietto di Banca, il quale è una obbligazione al portatore. — Quanto alla prescrizione quinquennale degli interessi, io non posso convenire col Gaudenzi, se non dato che veramente una obbligazione di denaro *al portatore*

debba produrre interessi dal giorno della sua emissione, perchè in questo caso, osserva benissimo il Gaudenzi, non essendo gli interessi scaduti ripetibili ad anno, ma all'atto stesso in cui viene pagato il capitale, non vi può esser luogo alla loro quinquennale prescrizione. — Che poi l'offerta reale non possa essere fatta dal firmatario di un'obbligazione civile *al portatore*, è cosa evidente, poichè il creditore non è conosciuto fino a tanto che non sia apparso tale colla domanda del pagamento. Non sarà quindi possibile al debitore di danaro *al portatore* di liberarsi con quel mezzo dal suo debito, e ciò quand'anche l'obbligo suo sia imprescrittibile, benchè in questo caso, per non esservi stato apposto un termine, l'offerta reale dovrebbe poter essere fatta anche subito dopo la costituzione del debito (V. Cod. civ., art. 1260, 4°). — Che anche non sia lecito al debitore di una somma di danaro *al portatore* opporre altre eccezioni fuorchè a lui personali, non quindi in particolare l'eccezione di un vizio di consenso dell'originaria emissione del titolo, lo nega bensì la Cassazione di Roma, ma lo afferma Giorgi, il quale adduce anche in conferma l'art. 852 del citato Codice svizzero delle obbligazioni; ed a buon diritto, perchè, avendo la forma al portatore per iscopo di facilitare la circolazione del titolo di debito, egli è chiaro che questo scopo mancherebbe del tutto, se il portatore dovesse assicurarsi d'altro che della regolarità esteriore di quello, e di altro dovesse rispondere che del fatto proprio. Non è infatti altro che questo il motivo per cui lo stesso principio vale, in virtù dell'art. 324 Cod. comm., rispetto alle cambiali, quantunque queste non possano essere formulate al portatore.

Ora chi mai può ritener possibile che tutti questi naturali e comuni effetti dei contratti, che sono la prescrizione dell'azione, la possibilità dell'offerta reale, l'opponibilità dei vizi originali del consenso ai successori dei contraenti, abbiano per eccezione a mancare in un contratto, senza che il legislatore ciò espressamente permetta? Vero è che alle norme meramente *dispositive* del Codice civile possono i contraenti derogare; ma quando non una singola norma, semplicemente dispositiva, viene in tal guisa disapplicata, ma parecchie ad un tempo, sicchè l'intiero sistema del diritto civile positivo viene ad essere modificato e sconvolto, appunto, perchè in tal guisa il privato viene a sostituire intorno ad una data materia un nuovo sistema giuridico a quello della legge, non

mi pare possibile il dargliene facoltà in nome soltanto del principio che alle norme *dispositive* della legge possono i contraenti derogare. È un nuovo ordine di idee giuridiche, di cui al privato si verrebbe in tal guisa a dar licenza di farsi legislatore, la quale licenza mal si concilia coll'ufficio che si è attribuito lo Stato di emanar leggi intorno alle relazioni di diritto civile. E in quel nuovo ordine di idee giuridiche i giudici si troverebbero tanto a disagio, tanto disorientati, da rimanere frustrato lo scopo della civile legislazione, di dare una direzione ai giudici nella definizione delle civile controversie. Vero è pure che l'art. 3 del titolo preliminare del Codice civile rinvia i giudici ai *principî generali* del diritto, quando non possono attingere lume dalla legge positiva; ma ciò non significa aver essi facoltà di creare un diritto nuovo, al di fuori di quella legge, bensì e soltanto di colmare per quella via eventuali lacune di legge, senza però contraddire a nessuna disposizione imperativa di essa. Non è al certo deroga ad un canone legislativo meramente dispositivo, la negazione della prescrizione dell'obbligazione al portatore, imperocchè ognuno sa che la prescrizione è un istituto di ordine pubblico.

Dal fin qui detto parmi dimostrato che la tesi della validità delle obbligazioni *al portatore* ha contro di sè i fondamentali canoni dall'attuale diritto contrattuale italiano. Io non nego che sarebbe bene venisse adottato, e convenientemente disciplinato, dal Codice italiano, e da tutti gli altri Codici civili dell'Europa continentale, l'istituto delle obbligazioni civili *al portatore*, ammesso, e come è ammesso da *quattordici soli anni* nella Svizzera; ma fintantochè il legislatore italiano non si sia deciso a seguire l'esempio di quello svizzero, e mantenga il diritto contrattuale ne' termini stabiliti dal vigente Codice civile, io reputo impossibile riuscire allo stesso risultato.

Ai surriferiti obietti i sostenitori della tesi in quistione rispondono parecchie cose e di varia gravità, ma tutte, se non m'inganno, destituite di scientifico valore.

Dice la Cassazione di Roma: se le obbligazioni civili al portatore traggono seco effetti e conseguenze giuridiche eccezionali, chi le ha emesse deve senza difficoltà sottostarvi, appunto perchè sono conseguenze del fatto suo. Ma la quistione non è già se chi vuole obbligarsi *al portatore* possa sottrarsi ai naturali effetti del suo obbligo, bensì è quistione se uno possa obbligarsi in tal guisa, mentre

e finchè la legge non riconosce obbligazione siffatta, in vista appunto della eccezionalità di quegli effetti. Non è del resto l'individuale responsabilità ragion sufficiente, neppure per il legislatore, di lasciare che ognuno faccia ciò che gli aggrada, allorchè il fatto individuale e le conseguenze di questo non concernono soltanto l'agente, ma anche l'intera Società, e questo è appunto il caso rispetto alle obbligazioni in quistione. Tanto ciò è vero che, come ho già notato, il Codice civile sassone e il Codice civile germanico non permettono che queste obbligazioni si emettano, se non coll'autorizzazione del Governo, data di caso in caso.

Altri rispondono ancora che, negata la validità della obbligazione civile al portatore, l'emittente di questa si arricchirebbe a danno altrui. Ma a questa obbiezione ha già risposto il Savigny, dimenticato, non si sa come, dai miei avversari. Egli nega assolutamente, e a buon diritto, che possa il debitore ritenere il danaro datogli per un titolo nullo. E di vero l'indebito pagamento si può sempre ripetere colla *condictio indebiti*, ammessa dal nostro Codice civile (art. 1145). E sia anche errore di diritto la causa per cui l'indebito pagamento accadde, esso nel diritto nostro non nuoce alla ripetizione, in virtù del generale dell'art. 1109, Codice civile.

Osserverò da ultimo che la dottrina da me combattuta ha contro di sè l'autorità della scienza giuridica odierna, delle leggi e della giurisprudenza estera. È anche questo un punto degno di tutta l'attenzione, attesochè i giureconsulti, che io combatto, rappresentano la tesi loro come pacifica e universalmente ammessa nella scienza giuridica, nella giurisprudenza francese, nelle recenti legislazioni estere. Ma si ingannano a gran partito su tutti questi punti.

Io non ho potuto verificare tutte le innumerevoli citazioni di autori che mi si oppongono, nelle quali trovo del resto confusi insieme civilisti e commercialisti; ma mi meraviglio che accanto a nomi di vario peso quei giureconsulti non abbiano ricordato Gönner, Philips, Biener, Muehlenbruch, Savigny e Windscheid, i quali stanno contro di loro. Soli questi due ultimi contrabbilanciano certamente una serqua di coloro che militano nel campo avverso.

Davvero io non comprendo come si possa trattare sul serio la quistione della validità delle obbligazioni civili al portatore, senza

neppure rammentare il SAVIGNY, che vi ha dedicato circa cento pagine del suo *Trattato di obbligazioni* (*l. c.*), e che la risolve negativamente! E il WINDSCHEID (*Lehrb. d. Pandektenr.*, 8ª edizione, Francoforte, 1891, vol. II, *passim*), come mai lo si è potuto dimenticare?

Le decisioni francesi poi, allegate dai detti giureconsulti, sono ben lontane dal suonar tutte in realtà come essi raccontano.

Citano per esempio due sentenze: Corte di cassazione di Parigi, 10 novembre 1829 (*Journal du Palais*, 1829, pag. 1489), e Corte d'appello di Nimes, 23 marzo 1830 (*Ib.*, 1830, pag. 299); ma queste sentenze ammettono la validità del *billet au porteur*, non già argomentando dalla dottrina generale del *Code civil* intorno alle obbligazioni contrattuali, e alla cessione in particolare, ma invocando una legge 16 Termidoro, anno III, la quale autorizzava espressamente quella specie di obbligazioni civili.

Citano un'altra sentenza della Cassazione francese, 8 maggio 1878 (*Ib.*, 1878, pag. 743). E questa veramente ha molto di comune col ragionamento della Cassazione romana e di GIORGI, imperocchè, oltre al non togliere la quistione col riferirsi al testo positivo della legge 15 Termidoro, anno III, nel risolverla poi affermativamente adduce un argomento adoprato pure da quelli, cioè asserisce che gli art. 1690, 1691 *Code civil*, corrispondenti ai nostri 1539, 1540, non sono di ordine pubblico, e che il debitore ceduto vi può anticipatamente rinunciare. Ma ad onta di ciò la detta sentenza ha molto meno peso, di quello che a prima giunta può sembrare. Imperocchè, prescindendo anche dalle altre sentenze francesi che hanno dichiarato il contrario, e combattuto specialmente la suaccennata dottrina circa gli art. 1690-1691 del *Code civil*, per es., una sentenza della Corte di Limoges, 27 novembre 1845 (*Id.*, 1845, 674), vi ha poi una tal differenza fra l'oggetto della quistione decisa dalla suddetta sentenza di Cassazione francese, e quello su cui verte la quistione nostra, che sia davvero incivile lo estendere al secondo una decisione qualunque data rispetto al primo. La Cassazione di Parigi aveva di mira nella sua sentenza del 1878 una obbligazione civile *all'ordine*, mentre noi discutiamo intorno alle obbligazioni civili *al portatore!* Chi non vede quanto importi la differenza fra queste due specie di obbligazione nel ricercare e definire se il silenzio della legge le autorizzi, se i generali principî intorno alla cessione non si oppongono alla loro validità? Il

billet à l'ordre è conosciuto nel diritto mercantile francese, come nel nostro; quello *au porteur*, no; egli è dunque, senza paragone, meno ardito lo equiparare rispetto al primo il diritto civile al commerciale, che non lo ammettere nel diritto civile rispetto al secondo una specie di *unicum*, che non ha neppure riscontro nel più libero e meno formalistico diritto commerciale. Nel *billet à l'ordre* si può ravvisare una cessione, anzi una serie di cessioni, e in questa ipotesi può in particolare avere senso la dottrina della pretesa rinuncia implicita e presunta alle formalità stabilite dagli articoli 1690-1691 del *Code civil*, di cui pure fanno gran caso i nostri fautori delle obbligazioni civili *al portatore*, mentre rispetto a queste quella dottrina è del tutto campata in aria, poichè manca affatto una cessione, delle cui formalità, necessarie o no, condonabili e condonate, o no, e per via di semplice presunzione, si viene tanto seriamente discorrendo.

Sta invece a favore della tesi da me combattuta una sentenza della Cassazione di Parigi, 21 febbraio 1838 (*Ib.*, 1838, I, 496), la quale veramente concerne una obbligazione civile *al portatore*, emessa in esecuzione di un *atto notarile*.

Di recenti legislazioni estere una sola è favorevole alla tesi da me combattuta, la legge svizzera sulle obbligazioni del 1883, e due le sono contrarie, il Codice civile sassone del 1863, e il vigente Codice civile germanico.

La legge svizzera dice all'art. 85: " ogni detentore di un titolo stipulato pagabile *al portatore*, ha diritto di reclamarne il pagamento ". Nel Codice civile sassone invece, dopo il paragrafo 1039, che dice: " rispetto ai titoli *al portatore*, ogni attuale possessore, finchè ne ritiene il possesso, reputasi aver diritto contro la persona che figura obbligata nel titolo ", il successivo paragrafo 1040, aggiungė: " *titoli al portatore che obbligano il debitore ad una somma di danaro non si possono emettere che col consenso dello Stato* ". E a questi paragrafi del Codice civile sassone corrispondono i paragrafi 793, 795 del vigente Codice civile germanico.

Occorre poi appena che io ricordi, per tacciarlo di grave leggerezza, quest'altro argomento che si è voluto desumere a prò della dottrina da me combattuta, dell'asserita indole di obbligazioni *al portatore*, dei biglietti di ammissione a pubblici spettacoli, dei gettoni per conseguire pubblici soccorsi, e di altri segni *al portatore* di utilità e servizi vari. Queste non sono per nulla ob-

bligazioni, cioè crediti e debiti *al portatore*; sono piuttosto specie di moneta o di danaro, che si converte in una cosa materiale, o in un materiale servigio determinato, anzichè rappresentare per sè medesimi un valore, il valore in generale; onde tanto questi titoli differiscono da obbligazioni, quanto la stessa spendizione del danaro differisce dall'obbligazione di sborsarlo.

Momento perfezionativo del contratto fra assenti.

Nello studio della quistione circa il momento perfezionativo del contratto fra assenti, quistione non risoluta nel Codice civile italiano, mentre lo è nel Codice italiano di commercio, all'art. 36, la prima cosa da farsi è porre in chiaro il concetto di quel contratto.

Non è fra assenti un contratto, solo perchè i contraenti si trovino in diversi luoghi. Imperocchè anche due persone, che discorrono fra loro in una medesima stanza occupano in realtà luoghi diversi. E neppure la quantità della distanza può decidere in proposito, se non in quanto essa sia tale che la parola dell'uno non venga udita dall'altro nell'atto stesso in cui viene emessa. Quest'ultimo è il vero e solo criterio di distinzione fra presenti e assenti nella contrattazione. È contratto fra presenti quello che si conchiude con scambio di parole, percepite da quello a cui sono dirette nell'atto stesso in cui vengono emesse; è fra assenti quello che si conchiude con uno scambio di parole, non subito percepite da quello a cui vengono dirette nell'atto stesso in cui vengono emesse. E per parola intendiamo tanto quella emessa colla bocca, quanto qualunque altro segno dell'idea, percepibile sia coll'udito, sia con altri sensi; un discorso fatto con gesti, o con colpi battuti, che altri possa vedere od udire, o con segni telefonici o semaforici che colpiscono l'occhio altrui, è tanto fra presenti quanto il discorso parlato e udito, qualunque sia la distanza intercedente fra chi esprime un'idea e chi la raccoglie, purchè l'un atto e l'altro, benchè effetto il secondo del primo, siano per la umana percezione contemporanei. Anche il discorso

di un non muto o di un veggente con un muto o con un cieco, se in ambedue i casi non si fa uso di segni convenzionali che il muto o il cieco possa immediatamente percepire, è un discorso fra assenti, benchè i contraenti siano presenti, nel comun senso di questa parola; imperocchè nell'un caso e nell'altro è mestieri che un terzo traduca l'idea espressa dall'un contraente in segni intelligibili all'altro, che non percepisce quelli adoperati dal primo. E come ogni qualvolta i segni, con cui uno manifesta l'idea propria ad un altro, non vengono percepiti da questo nell'atto stesso in cui vengono emessi, si ricorre necessariamente ad un terzo individuo, il quale trasmetta l'idea al secondo, e l'opera di questo intermediario si dice *corrispondenza*, così può anche tradursi il concetto di contratto fra assenti in quello di contratto *per corrispondenza*. Ma il concetto volgare di contratto per corrispondenza non è esatto, perchè vi si suole collegare il concetto di distanza, e propriamente di notevole distanza fra coloro che corrispondono, il quale secondo concetto è un elemento superfluo del primo. Quale è infatti la distanza notevole? Manca un criterio razionale per determinarla. Anche in una medesima stanza due individui possono discorrere e trattare fra loro *per corrispondenza*, e non vi ha nessuna sostanziale differenza tra questo caso e quello di una corrispondenza a miglia e migliaia di miglia di distanza. Tutte le volte che si parla e si tratta per corrispondenza, il momento, in cui uno parla, in cui uno fa una proposta ad un altro, o accetta una proposta altrui, non è lo stesso momento in cui l'altro ha cognizione della proposta o dell'accettazione, e questo, soltanto questo, è il carattere essenziale dei contratti per corrispondenza o fra assenti, questo, e questo soltanto, è il criterio per distinguere la presenza e l'assenza di due persone che fra loro discorrono o trattano.

In altri termini, è la differenza *dei tempi*, e non quella dei *luoghi*, della proposta e dell'accettazione, il criterio distintivo del contratto fra assenti, e l'occasione della questione del *momento perfezionativo* di questi contratti. E s'intende differenza percettibile di tempo, chè, a rigore di scienza fisica, non è nè può essere propriamente un solo e medesimo momento quello in cui la proposta o l'accettazione si fa, e quello in cui l'una o l'altra giunge al destinatario. Che se intercede tempo percettibile fra il parlare dell'uno e l'udire dell'altro contraente, per ciò solo il contratto è *per corrispondenza*,

cioè la parola dell'uno è sempre necessariamente trasmessa all'altro per opera di un agente intermediario. Suppongasi per es. che si arrivi un giorno a corrispondere per segni ottici fra gli abitanti della terra e quelli di un lontanissimo astro, sicchè quei segni debbano impiegare mesi od anni per arrivare a destinazione. Gli accordi che si ponessero in essere in tal maniera fra abitanti dei due corpi celesti, sarebbero certamente *fra assenti o per corrispondenza*, e l'agente intermediario della trasmissione della volontà sarebbe l'etere, il quale farebbe la stessa funzione della *posta* fra abitanti della terra.

Quanto il detto mio modo di intendere il contratto fra assenti differisca dal comune insegnamento in proposito, è chiaro ad ognuno che abbia studiato la questione; mi basti qui citare il più recente scrittore sull'argomento, il Valéry (*Des contrats par correspondance*, Paris 1895, pag. 61), il quale dice: " affinchè il contratto sia fra presenti occorre non soltanto che l'espressione del pensiero dell'uno e la sua percezione per parte dell'altro contraente siano simultanee; occorre inoltre che le due parti si trovino in quel momento in un medesimo luogo ". Non ha riflettuto neppur questo accuratissimo scrittore che, rigorosamente parlando, due distinte e separate persone non possono mai trovarsi in un medesimo luogo, e che quelle che comunemente si dicono contrarre fra loro di presenza, per trovarsi in un medesimo luogo, sono in realtà supposte contrarre a voce o per altri segni immediatamente percepiti, consentendolo la piccola distanza materiale che le separa, la qual distanza perciò appunto non viene avvertita. Ma se quelle persone, stando in quel medesimo posto, contraessero invece per corrispondenza, di guisa che nel momento in cui l'una esprimesse il pensiero suo, l'altra non lo percepisse, sarebbe egli possibile equiparare materialmente e giuridicamente questo secondo caso al precedente? No, senza offendere il senso comune. E se due persone trattassero fra di loro per segni immediatamente percepiti, ma non a così piccola distanza, come suolsi supporre comunemente nei contratti che si dicono fra presenti, p. es., parlando a voce alta attraverso un fiume che separa due Stati, cesserebbe il contratto di essere tra presenti, solo per ragione di distanza? E negato arbitrariamente codesto, dovrebbesi forse, senz'altro riflettere, applicare a quel contratto le dottrine dei contratti fra assenti, cioè dei contratti per corrispondenza, mentre corrispondenza non c'è stata? Da un

errore cadrebbesi in un altro, ugualmente grave, e diventerebbe impossibile definire ragionevolmente il caso in questione, per non aver saputo bene definire gli altri casi coi quali esso voleva anzitutto esser paragonato.

La fallacia della comune dottrina circa la distinzione fra contratti *inter praesentes* e contratti *inter absentes*, la sterilità e i pericoli pratici della medesima, nessuna maggior prova ebbero che nella questione circa il momento perfezionativo dei contratti per telefono, e la legge da applicare ai medesimi, quando per avventura i contraenti telefonici soggiornino in differenti Stati.

Fui il primo io, come osserva il Meili (*Das Telefonrecht*, Lipsia, 1885, p. 200), a proporre codesta quistione nel *Giornale delle leggi* (1882, n. 40, e *Monit. dei trib.*, 1882, n. 41), e vi propugnai la tesi che il contratto per telefono non è *inter absentes*, ma *inter praesentes*. Insorse contro di me con molta sicumera il Vidari (*Id.*, n. 42, 46), e poi anche dissentirono da me il Norsa (*Il telefono e la legge*, nell'*Annuario dell'Istituto lombardo di scienze e lettere*, XV, p. 69, 391), e il Giorgi (*Obbligaz.*, 2ª ediz., III, n. 186 bis); furono invece con me il compianto Ferd. Bianchi (*I contratti per telefono*, Suppl. agli *Studi senesi*, Bologna, 1888), il Meili (*op. cit.*, p. 202) e il sommo giureconsulto, anch'egli vivente, Unger, in una lettera privata a me diretta, e la stessa opinione è stata accolta dal vigente Codice civile germanico (8147, v. Endermann, *Einführung in das Studium de bürg. Ges. f. d. deutsche Reich*, Berlino, 1896, p. 85). Gli argomenti del Vidari e d'altri si riducono in sostanza al solito errore di considerare *inter absentes* ogni contratto fra persone che non si trovano *in un medesimo luogo*, basando così una teoria giuridica su di una premessa fisica contraria nientemeno che al principio della impenetrabilità dei corpi. Il Norsa però e il Giorgi, e il Valéry (l. c., p. 60 segg.) hanno almeno in parte riconosciuto l'assurdità di considerare tra assenti un contratto per mezzo di segni, direttamente, immediatamente percepiti; ma non ebbero il coraggio di affermare il contratto per telefono *tra presenti*. E perchè? Perchè, come dice il Valéry, vi hanno quistioni concernenti questo contratto, le quali non si presentano " quasi mai „ rispetto ai contratti fra presenti, e sono invece comuni a quelli e ai contratti per corrispondenza. E quali? Adduce il Valéry l'esempio delle questioni di competenza, se i due contraenti per telefono siano soggetti a distinte giurisdizioni. Ed io

aggiungo l'esempio delle quistioni circa la legge da applicarsi, se i contraenti appartengano a due Stati diversi. Conseguentemente il NORSA e il VALERY collocano il contratto per telefono fra il contratto *inter praesentes* e il contratto *inter absentes*, ne fanno un *quid dimidium* fra i due, che " presenta i caratteri dell'uno e dell'altro ", soluzione codesta meno ragionevole ancora di quella di VIDARI ed altri, che dicono non presenti, e quindi assenti, i due telefonanti. Un *quid dimidium* fra il corrispondere direttamente e il corrispondere indirettamente non è più facile a concepirsi che fra la porta aperta e la porta chiusa, e non a torto il relatore VIDAL all'Accademia di Tolosa intorno allo scritto del NORSA, ebbe a chiamare la soluzione suddetta " indegna di un giureconsulto " (*Réc. de l'Acad. de Toulouse*, 1884-85, p. 317 (1).

Manifestamente l'errore fondamentale comune a tutti coloro, i quali reputano *inter absentes* il contratto per telefono, è quello di riporre i criterî della distinzione nella *distanza* fra i contraenti. Essi non si sanno svincolare da codesto concetto volgare, e se ne lasciano trascinare a negare l'evidenza, chiamando non presenti l'una all'altra due persone che direttamente comunicano, benchè a distanza, per mezzo di telefono o altrimenti, e ad offendere la logica ammettendo un termine medio fra l'essere e il non essere due persone presenti l'una all'altra, cioè comunicanti fra loro direttamente o indirettamente. Quanto poi alla difficoltà che il VALÉRY ed altri

---

(1) Il signor Nicola Germano, in un suo ingegnosissimo studio *Dei contratti fra assenti* (Roma, 1897), dissente da me, dal Codice tedesco, e dai giureconsulti citati sopra, circa i caratteri dei contratti per telefono. Per lui questi contratti sono *inter absentes*, e ciò perchè egli è d'avviso che i contratti fra *assenti* sono tali tanto per ragione di *tempo*, quanto per ragione di *luogo*, tanto cioè se in tempi diversi, quanto se in luoghi diversi le due volontà consenzienti vengano manifestate; ma qual'è il criterio della diversità dei luoghi? Io non lo scorgo, perchè quello della diversità della competenza giudiziale e della legge è manifestamente estrinseco e accidentale. Il criterio invece della diversità del tempo è facile stabilirlo: *praticamente* è al di là di un giorno, *teoricamente* è quel tempo qualunque, che occorre al funzionamento di un organo intermedio, per cui le dichiarazioni di volontà si trasmettono, perchè se di un organo tale non vi ha bisogno, i segni cioè della volontà di un contraente come vengono da questo adoperati, vengono immediatamente percepiti dall'altro, il contratto è manifestamente *fra presenti*. Epperò io credo aver ragione di riporre il criterio dei contratti fra assenti nella diversità *dei*

dicono di incontrare nel classificare il contratto per telefono fra i contratti *inter praesentes*, io credo che si possono superare per ben altra via, ed anzi che, ben considerando, non esistono affatto.

E di vero, come già ebbi a notare, può tanto darsi contratto *inter praesentes* tra persone lontane, e magari lontanissime, quanto contratto *per corrispondenza* tra persone vicine, e magari vicinissime. E come nel primo caso non vi può essere quistione circa il momento perfezionativo del contratto, così rispetto al secondo non vi può essere questione circa il luogo di quel perfezionamento, e quindi circa la legge e la competenza da preferirsi, ma vi può esser luogo nel primo caso a quistioni circa la legge e la competenza da preferirsi, come vi può esser luogo nel secondo a quistione circa il momento perfezionativo del contratto e il punto di partenza degli effetti di questo, e l'un caso e l'altro serbano il loro proprio carattere, benchè l'uno e l'altro non presentino tutti gli aspetti da cui possono essere considerati i contratti della loro specie, cioè l'un caso dia, e l'altro non dia anche luogo a quistione circa la legge e la competenza da preferirsi. Non può quindi esser dubbio che la quistione circa la legge e la competenza da preferirsi rispetto ai contratti *inter praesentes*, cioè *non per corrispondenza*, fra persone lontane in modo da esser sottoposte a leggi e competenze diverse, deve essere risoluta, prescindendo affatto dalla quistione circa il momento perfezionativo del contratto, la quale non può sorgere mai rispetto ad un contratto *inter praesentes*, e

---

tempi, cioè nella *corrispondenza* per mezzo di un organo intermedio qualunque fra coloro che si trasmettono la dichiarazione della loro volontà. Sono due questioni affatto differenti quella del *momento*, e quella del *luogo* in cui un contratto si perfeziona; due persone possono trovarsi in luoghi lontani, e non ostante vedersi non solo, ma scambiarsi direttamente e immediatamente parole, o in generale segni dei loro pensieri, essere cioè presenti l'una all'altra, benchè distanti, e viceversa due persone, non distanti fra loro, non sono presenti l'una all'altra, cioè la loro presenza non può essere considerata, deve anzi reputarsi come non fosse, se direttamente esse non si possono fare intendere l'una dall'altra, ma hanno bisogno di distaccare da sè e scambiare fra di loro una *corrispondenza*. Non si deve confondere il contratto *fra assenti* col contratto *fra persone distanti*, benchè l'una cosa e l'altra spesso coincidano; che se non coincidano, gli effetti giuridici della distanza devono essere a parte e con propri criteri determinati, il che appunto io ho cercato sopra di fare.

che le considerazioni da farsi a tal fine non possono che essere in pari tempo estranee a quella quistione, e per nulla inconciliabili con quel carattere del contratto. Egli è certamente, non ostante la grande distanza fra i contraenti, una sottospecie del contratto fra presenti il contratto telefonico, ed ogni altro contratto posto in essere a grandi distanze per via di segni diretti e immediatamente percepiti. E quando si domanda qual legge e competenza lo concernono, si domanda in sostanza se vi sia qualche criterio onde preferire quelle del proponente o quelle dell'accettante, prescindendo dal criterio della perfezione del contratto piuttosto nella sede del proponente che in quella dell'accettante, perchè è ammesso che il contratto si è perfezionato in entrambe le sedi contemporaneamente, essendo l'accettazione stata percepita nell'atto stesso in cui venne emessa, e quindi accaduta nello stesso tempo nella sede dell'accettante e in quella del proponente. Per me il criterio che si richiede è la differenza tra causa ed effetto, che intercede fra la proposta, e l'accettazione a distanza, che è causa della perfezione del contratto. Benchè contemporanee per l'umana percezione l'offerta e l'accettazione *inter praesentes*, ciò non impedisce che naturalmente si possano distinguere, reputando l'una anteriore e l'altra posteriore, e ravvisando nella prima la causa, nella seconda l'effetto della prima. E questo parmi motivo razionale sufficiente onde reputare avere il contratto *inter praesentes* la sua sede piuttosto dove risiede l'accettante, che dove risiede il proponente, quando per ragione di distanza fra le due sedi vi è necessità di preferirne una.

E se tal criterio si accetta, certamente non si disconosce per nulla il carattere *inter praesentes*, che spetta ai contratti in discorso, nè si toglie a prestito nulla dalle dottrine dei contratti *per corrispondenza*. Altri, se credono, escogitino altri criterî; la quistione è aperta, ma nessuno creda che per porla e per risolverla bisogni ammettere un *quid dimidium* fra contratti *inter praesentes* e contratti *inter absentes*, per sola ragione della distanza fra poponente e accettante, e badi ognuno di non cader nell'errore volgare di credere che il contratto fra assenti sia altra cosa che contratto *per corrispondenza*, che per distinguere il contratto fra assenti da quello fra presenti occorra por mente se i contraenti siano o non siano in un *medesimo luogo*.

Determinato il concetto del contratto fra assenti, o *per corri-*

spondenza, vengo ora allo studio della quistione del momento perfezionativo di esso, e quindi anche del luogo in cui codesta perfezione è da reputarsi accaduta.

Manca affatto nel Codice civile italiano la dottrina del contratto fra assenti, mentre l'art. 36 Cod. comm. ne statuisce una, e di qui la quistione: quali principî debbansi in diritto civile italiano seguire su tale proposito. Tutti convengono sinora che la questione si risolva nel domandare se anche nel diritto civile italiano debbansi o no adottare i principi del diritto mercantile; ma codesta posizione della quistione parmi incompleta. L'art. 36 Cod. comm. segue il cosidetto principio dell'*informazione*, reputa cioè perfetto il contratto nel momento in cui al proponente giunge notizia dell'accettazione, facendo eccezione pei casi in cui vien richiesta la immediata esecuzione del contratto, e pei contratti unilaterali, e accordando diritto di risarcimento all'accettante, se questi abbia avuto danno dalla revoca della proposta, anteriore alla avuta notizia dell'accettazione per parte del proponente. Ora chi ha cognizione della legislazione comparata non può ignorare che non tutti i Codici, pur ligî al principio della *informazione*, ammettono libertà di revoca per parte del proponente, fino a che il contratto fra assenti non è perfetto. Conseguentemente la quistione scientifica intorno a questo contratto ha due lati od aspetti, che sono: *a*) efficacia giuridica della proposta, *b*) momento perfezionativo del contratto. E questi due aspetti della quistione, queste due quistioni si affacciano pure al giudice civile italiano, e questi è libero di risolverle come gli sembri meglio, poichè il Codice civile gli lascia questa libertà, ed è ufficio della scienza giuridica venire in soccorso del giudice non meno rispetto alla prima, che rispetto alla seconda.

Io tratterò appunto l'una quistione e l'altra successivamente.

Libertà di revoca dell'offerta o proposta. — Questa sola può formare oggetto di quistione, perchè è noto che la libertà di revocare l'accettazione, fino a che questa sia pervenuta al proponente, è ammessa tanto dai seguaci del principio dell'*informazione*, quanto da quelli del principio della *dichiarazione*; con quanta logica per parte di questi ultimi, ognuno si può domandare, ed io risponderò in sèguito.

Vediamo anzitutto alcune leggi positive forestiere.

Il Codice civile austriaco al § 862 statuisce che la proposta non

può essere revocata prima del decorso di ventiquattro ore, o del tempo che occorre per mandare due volte la risposta, secondo che le parti si trovino o no nel medesimo luogo. Lo stesso dispone il *Landrecht* di Prussia (1, tit. 5, § 90). Il Codice di commercio tedesco (art. 320) statuisce che il proponente è vincolato dalla sua offerta fino al momento dell'arrivo di questa, dentro il termine regolare, calcolato dal momento in cui venne spedita. Il Codice della Luigiana (art. 1796, 1803), consente al proponente di revocare la proposta soltanto al di là di un *tempo ragionevole* dopo averla fatta. Il Codice di commercio del Chilì (art. 98) determina pure il lasso di tempo, dentro il quale la proposta non può essere revocata. La legge svizzera sulle obbligazioni del 1883 (art. 5), statuisce che il proponente è vincolato alla sua proposta fino al momento in cui è in diritto di aspettare l'arrivo di una risposta spedita in tempo e regolarmente. Il Progetto di Codice civile giapponese (art. 329) non consente revoca dell'offerta, se la revoca non arriva al destinatario prima che questi abbia spedito risposta di accettazione. Il primo Progetto di Codice civile germanico statuiva (§ 84) che il proponente fosse vincolato fino al decorso del termine, dentro il quale può aspettarsi l'accettazione; il secondo Progetto (§ 120) e il definitivo Codice non ripetono la stessa dichiarazione, ma questo concetto è non ostante tenuto fermo dagli interpreti (V. Endemann, op. cit., pag. 85). Notisi che non tutti i detti Codici ammettono lo stesso momento perfezionativo del contratto fra assenti, perchè la dottrina dell'*informazione* è seguita dal Codice austriaco e dalla citata legge svizzera, mentre gli altri Codici citati seguono la dottrina della *dichiarazione*.

L'art. 36 del Codice di commercio italiano adunque, stabilendo che la proposta di contratto ad un assente possa venir revocata fino a che non siasi perfezionato il contratto, il quale momento è per il Codice medesimo quello in cui il proponente riceve notizia della accettazione, si è scostato dall'esempio si può dire universale delle moderne legislazioni. Ha fatto bene così il nostro legislatore mercantile? È la prima questione, codesta, lo ripeto, che i giudici italiani hanno il diritto e il dovere di proporsi rispetto ai contratti fra assenti in gius civile, poichè il Codice civile ha lasciato *ex lege* questo argomento.

L'art. 36 Cod. comm. it. è già stato da parecchi, sotto quel punto di vista, censurato. Il Valéry, p. es. (*op. cit.*, p. 220-235),

nota giustamente l'irrazionalità di concedere non solo al destinatario, ma anche al proponente il diritto di farsi risarcire il danno prodotto dalla revoca della volontà espressa dall'altra parte. Se, osserva egli, il proponente ha fatto spese nella opinione che la proposta sarebbe accettata, perchè non deve egli imputare a sè medesimo il proprio danno? Qual differenza vi ha fra il rifiuto di accettazione, e la revoca, in tempo fatta, di questa? E il Bolaffio (*l. c.*) osserva pur giustamente che lo ammettere l'obbligo di risarcimento in sèguito a revoca della proposta è negazione implicita e manifesta del diritto accordato al proponente di revocare la proposta fino al momento perfezionativo del contratto.

Ma sono queste censure secondarie del principio consacrato dall'art. 36 Cod. comm. it., che la proposta può essere revocata fino a che l'accettazione non è arrivata a notizia del proponente. È questo principio medesimo, nella sostanza sua, da condannarsi affatto. Che l'accettazione si possa revocare fino a tanto che non è giunta al proponente, o giungendo la revoca insieme all'accettazione, è cosa evidente, epperò da tutti ammessa; ma che la proposta si possa revocare nel tempo in cui il proponente sta aspettando la risposta del destinatario, a buon diritto è escluso dalle generalità delle legislazioni.

E di vero, chi propone ad altrui un contratto, è riputato fare una proposta seria, e quindi chi la riceve e accetta deve far conto che il contratto avrà il pieno suo effetto, se appena la sua accettazione venga spedito a tempo affinchè non arrivi in ritardo. E che l'accettante deve fare questo conto, anche deve il proponente pensare per il primo. Ma se ciò è, come è egli possibile accordare al proponente la facoltà di revocare la proposta dopo che questa è arrivata al destinatario? La fede contrattuale non consente nè che il proponente pretenda tal cosa, nè che il legislatore gliela accordi. Non vale in contrario che tra presenti possa benissimo il proponente revocare la proposta, mentre colui a cui questa è diretta sta riflettendo se accettarla o no. Imperocchè non può appunto tra presenti tal cosa verificarsi, se non perchè colui a cui è fatta la proposta non vuole rispondere subito, cioè di suo arbitrio differisce la risposta; mentre fra assenti la revoca permessa al proponente posteriormente all'arrivo della proposta, renderebbe ugualmente inefficace una accettazione data immediatamente e una accettazione differita, e non ancora fatta quando la

revoca della proposta non arrivasse. Non è soltanto un incomodo arbitrariamente recato all'assente accettante il revocare la proposta accettata, è una ingiustizia, una vera lesione che si fa del suo diritto di reputare vincolato a sè il proponente dal momento dell'arrivo della proposta fino a quello in cui egli riceverà l'accettazione, e di ciò reputare in virtù del fatto stesso del proponente, che non poteva non essere considerato come serio fatto, cioè come una proposta maturata abbastanza per essere definitiva. Se non ostante il proponente revoca la proposta, l'accettante ha diritto di considerare la revoca come non avvenuta, se nell'accettazione egli persiste, nè il suo diritto può tradursi in mera azione di danni, se non quando il contratto non si possa far rispettare nei termini suoi indipendentemente dal concorso della volontà del promittente, sia p. es. un contratto per cui l'offerente si obbligava a un fare, invece di essere p. es. un contratto in cui egli si obbligava ad un dare. È la manutenzione del contratto, che l'assente accettante ha diritto di pretendere in confronto dell'offerente che revoca la proposta senza essersi anticipatamente riservato il diritto a questa revoca, e l'azione relativa non può appunto consistere in una mera azione di danni. E certamente l'art. 36 Cod. comm. it., obbligando il revocante a risarcire il danno se l'altra parte abbia impreso la esecuzione del contratto, riconosce implicitamente che l'assente, a cui una proposta di contratto è stata fatta, aveva diritto di considerar vincolato a sè il promittente, mentre, in pari tempo, come osserva il Bolaffio, nega implicitamente lo stesso diritto che concede al promittente di non reputarsi vincolato all'accettante dalla proposta che gli ha fatta.

E dunque, la giurisprudenza italiana civile non deve seguire, poichè obbligata non vi è, la dottrina del Codice mercantile circa la revocabilità della proposta di contratto fra assenti, sino a che il proponente non abbia avuta notifica della accettazione; non deve seguirla, perchè irrazionale per sè medesima, e come tale riconosciuta dallo stesso legislatore, quando questi, subito dopo averla enunciata, la disdice nell'effetto suo, accordando risarcimento allo accettante, cui la revoca della proposta perviene bensì quando egli aveva ragione di non più aspettarla, ma pure in tempo opportuno secondo il disposto dello stesso legislatore. D'accordo colla ragione, colle esigenze della fede contrattuale, con quelle dell'opportunità pratica, e con quasi tutte le legislazioni contemporanee, la giu-

risprudenza civile nostra deve invece riconoscere al proponente il diritto di revocare la proposta soltanto fino a che questa non sia arrivata, o contemporaneamente a questo arrivo, a meno che egli siasi fin dal principio riservato espressamente il diritto di revocare la proposta prima che non gli sia pervenuta risposta di accettazione. E ciò ammesso, non avrà neppur luogo la nostra giurisprudenza civile di porre la questione del risarcimento del destinatario della proposta, in seguito alla revoca di questa.

Già altri hanno propugnato l'inapplicabilità della dottrina dell'art. 36 Cod. comm. it. nella contrattazione civile fra assenti; tra gli italiani Ferd. Bianchi (*l. c.*), e tra i forestieri Valéry (*l. c*). Io consento con questi per ciò che riguarda in particolare la revoca della proposta del contratto.

Comprendo però che a viemeglio confermare il mio suggerimento occorre dare aspetto, o, come dicono, *costruzione* civilistica, all'obbligo imposto al proponente di non revocare la sua proposta ad un assente, per tutto il tempo in cui egli sta aspettando la risposta dell'assente destinatario. E veramente io credo che bisogni qui collegare questa special tesi con una più generale, e che questa tesi ci sia. È la tesi di Siegel circa la efficacia obbligatoria della promessa non ancora accettata (*Das Versprechen als Verpflichtunsgrund*, Berlin, 1873). Tesi poco avvertita in Italia, mentre in Germania gode del suffragio di autorevolissimi giureconsulti, come p. es. di Unger (*Das Versprechen als Verpflichtunsgrund*, trad. da Forlani, Trieste, 1874). In Francia essa è pure stata fatta conoscere da Vorms (*De la volonté unilatérale, considérée comme source d'obbligations*, Paris, 1891). Il Siegel a ragione sostiene che in diritto moderno il principio romano *ex nulla pollicitatione nulla actio nascitur* non ha più valore, perchè i bisogni e la consuetudine hanno introdotto e moltiplicato esempî della dottrina contraria. Adduce per verità il Siegel taluni esempi che si possono altrimenti spiegare, come l'offerta all'asta, il *negotium claudicans*, la promessa a vantaggio di un terzo; ma sono invece esempî genuini, e che veramente hanno oggidì, per la frequenza loro, importanza pratica grandissima e sempre crescente, le promesse pubbliche (*Auslobungen*), le obbligazioni al portatore. Qual meraviglia adunque, egli dice, che il promittente ad un assente rimanga obbligato per il solo fatto di avere promesso, obbligato cioè a non rivocare, per un certo tempo, la promessa, poichè vi ha pur pratico bisogno di ciò?

Non è un principio giuridico isolato codesto, è uno dei tanti dello stesso genere, ed esso, come ognuno degli altri, concorre con questi tutti a dar occasione e fondamento al principio più generale moderno, che la semplice promessa può essere fonte di obbligazione, della obbligazione cioè di non revocarla. Può essere fonte di obbligazione, ma non lo è sempre; e quando lo è? Tutte le volte che l'uso, la consuetudine, come appunto accade rispetto alla promessa ad un assente, lo consente e lo esige, se però la consuetudine è riconosciuta fonte del diritto, lo che è negato dall'art. 48 delle nostre dispos. trans. civili, 30 novembre 1865.

È pur troppo vero però che qualche valente giureconsulto italiano, L. Coviello, p. es. (*Giur. it.*, 1895, 1, 1, 820 e seg.), pur riconoscendo " preferibile sotto ogni rapporto „ il sistema che divieta la revoca della proposta posteriormente all'arrivo di questa presso il destinatario, sostiene nondimeno che se, vigendo il sistema opposto, quello cioè del Codice di commercio italiano, il proponente rinunzi, mentre fa la proposta, alla facoltà di revocarla, codesta rinunzia non gl'impedisca la revoca e lo obblighi soltanto a risarcimento di danni. Io non posso che respingere codesta dottrina, contradditoria del resto al riconoscimento che fa il Coviello medesimo della razionalità del sistema della irrevocabilità della proposta giunta al destinatario. E la respingo per la stessa ragione detta sopra, che cioè non è ammissibile azione di danni per mancata conclusione del contratto, quando manca il potere di far venir meno codesta conclusione; non vi ha infatti nessuna differenza fra l'irrevocabilità della proposta statuita dalla legge, e quella statuita dalla convenzione. Lo stesso Coviello giustamente osserva che, nel sistema del Codice di commercio italiano, la clausola aggiunta alla proposta, di rinunciare alla revoca, obbliga di per sè sola il proponente, ma se lo obbliga, come deve essergli lecito di revocare non ostante la proposta, prestando soltanto l'*id quod interest* al destinatario?

Momento perfezionativo del contratto fra assenti. — Donde la questione circa il momento perfezionativo dei contratti fra assenti o *per corrispondenza?*

Dall'ovvio riflesso che due momenti diversi, due fatti distinti e successivi decidono della effettuazione di quel contratto, e degli effetti del consenso dei contraenti: il momento, il fatto dell'accettazione per parte del destinatario della proposta, e il momento, il

fatto della cognizione che il proponente viene ad avere che l'accettazione della sua proposta è accaduta. Di fronte a codesto riflesso sorge naturale e spontanea la domanda, se il contratto si debba reputare esistente e perfetto nel primo momento in cui le due volontà si sono trovate d'accordo, oppure nel secondo momento, prima del quale uno dei contraenti, e precisamente quello che diede occasione al contratto, il proponente, nulla poteva intraprendere onde dargli effetto dal canto suo, perchè appunto ignorava che la sua proposta fosse stata accettata.

Un argomento si presenta subito onde preferire il secondo dei detti due momenti, ed è quello della mancata " conoscenza reciproca ", come diceva il Mancini in seno della Commissione per la riforma del Codice di commercio, in entrambi i contraenti, del concorso delle loro volontà, finchè il proponente non abbia avuto notizia dell'accettazione. E questo è infatti il capitale argomento, mille volte addotto, onde preferire il secondo dei due momenti in discorso, per collocarvi la perfezione del contratto fra assenti.

Ma anche subito io avverto che codesto argomento non è tanto fondato e forte, quanto facile ad escogitarsi. Esso poggia in sostanza sul preconcetto che il contratto fra assenti debbasi regolare colle stesse norme del contratto fra presenti, il che è una petizione di principio. Se vero fosse non potersi concepire contratto fra assenti prima che anche il proponente conosca l'avvenuto concorso della volontà sua con quella dello accettante, come mai sarebbe possibile derogare a questa necessità logica nei casi in cui il proponente abbia richiesto l'immediata esecuzione della proposta accettata, o questa esecuzione immediata risponda alla natura stessa del contratto, p. es. del mandato, della commissione, o di un contratto unilaterale? Eppure anche questo ammettono i partigiani del cosidetto sistema dell'*informazione*, e lo ammette l'articolo 36 Cod. comm. italiano (1).

Non può essere quella, adunque, giustificazione sufficiente del cosiddetto sistema dell'*informazione*; chi preferisce codesto sistema deve cercare qualche altro e migliore argomento, il quale anzitutto lo esima dal cadere in contraddizione con sè medesimo.

---

(1) Di ciò conviene in sostanza anche l'illustre Pescatore (*Arch. giur.*, XII, pag. 417).

Ma prima di procedere oltre nello studio della questione, è bene riassumere brevemente la storia e lo stato attuale di essa.

Al diritto romano vanamente si ricorre per risolverla. Quantunque il contratto per corrispondenza non potesse essere molto in uso in tempi in cui le comunicazioni erano tanto poco pronte e sicure, e il commercio coll'estero poco sviluppato, non era però sconosciuto ai Romani. È menzione infatti di contratti per *epistolam*, oppure *per nuncium*, semplice portavoce del mittente, in molti luoghi dei classici, e in non pochi passi della collezione giustinianea. Di questi ultimi ricorda molti il Valéry (*op. cit.*, p. 17): l. 2, pr. Dig., *de pactis*; l. 2, § 1, Dig., *de o. et a*; l. 31 pr., Dig., *de neg. gest.*; l. 1, § 1, Dig., *de proc. et defens.*; l. 1, § 1, l. 12, § 12, l. 34 pr., l. 62 pr. e § 1, Dig., *mandati*; l. 5, l. 14, § 3, l. 15, l. 24, l. 26, Dig., *de pec. constit.*; l. 24 pr.; l. 26, § 2, l. 28, Dig., *depositi*; l. 34, § 1, Dig., *de pign. et hyp.*; l. 4, Dig., *de fide instrum.*; ll. 10, 27, 32 e 33, Dig., *de donat.*; l. 65, Dig., *de acquir. rer. dom.* Ciò nondimeno i giureconsulti romani non apparisce che abbiano mai pensato alla questione del momento perfezionativo del contratto fra assenti. Si adduce infatti a favore della dottrina della *dichiarazione* il § 6 *I., de v. o.*, dove è detto che la condizione, consistente in un fatto passato o presente, non sospende propriamente l'obbligazione, e se ne inferisce che anche l'accettazione emessa, ma non saputa ancora dal proponente, non differisce la perfezione del contratto. Ma l'accettazione della proposta non è condizione del contratto, bensì elemento integrante di questo, e non è fatto anteriore o contemporaneo, ma posteriore alla proposta, cioè alla comunicazione di questa. Si adduce pure la l. 65, Dig., *de acquir. rer. dom.*, dove è detto che la missiva consegnata al tabellario o scrivano divien subito proprietà di colui a cui è spedita, e se ne inferisce che l'accettazione della proposta di un assente è fatta al proponente non appena sia stata consegnata alla posta o ad altro mandatario, che non sia un mandatario. Ma la proprietà della risposta non è a confondersi con la efficacia di essa a perfezionare il contratto, perchè non implica per sè stessa cognizione di ciò che la risposta contiene. Si adduce del pari la l. 6, Cod., *de rep.*, dove è detto che il matrimonio si dissolve benchè il libello del repudio non sia stato consegnato al marito e da questo conosciuto, e se ne inferisce che anche la risposta di accettazione, una volta emessa, deve produrre senz'altro l'effetto di

perfezionare il contratto. Ma il repudio è appunto dissoluzione, e non stipulazione di contratto. — Ed a favore della dottrina dell'*informazione* si adduce la l. 1 pr., Dig., *de v. o.*, dove è detto che, se ambedue i contraenti non parlano, o se uno dei contraenti parla per mezzo di un terzo, non vi può essere stipulazione, e se ne deduce che, prima che l'accettante non si faccia presente al proponente col mezzo della sua risposta arrivata, non vi può essere contratto. Ma quel passo parla soltanto della stipulazione, contratto verbale e formale. Si adduce pure la l. 2 pr., Dig., *de pactis*, dove è detto potersi convenire anche *per epistolam vel per nuntium* e *inter absentes*, e se ne deduce che l'epistola di un contraente deve essere arrivata all'altro, assente, affinchè contratto ci sia. Ma appunto il giureconsulto Labeone nulla dice in proposito, e quindi l'illazione rimane un *quod erat demonstrandum*. Si adduce del pari la l. 1, § 1, Dig., *mandati*, dove è detto potersi il mandato accettare anche per lettera, ma neppur qui è detto se la lettera con cui il contratto si perfeziona debba essere arrivata al destinatario.

La questione è stata sollevata e trattata nei tempi moderni, dopochè le occasioni pratiche ne erano divenute frequentissime.

E due furono le soluzioni, fra le quali si divisero i giureconsulti: quella che oggi si dice della *dichiarazione* (anche *estrinsecazione*, *Auserung* secondo Regelsberger, *agnizione*, secondo altri), e quella che oggi si dice dell'*informazione* (anche recognizione, *Recognition*, secondo Vangerow, o *Rescission* da *rescisco*, secondo Dahn); la prima avente per perfetto il contratto nel momento in cui l'accettazione viene estrinsecata dal destinatario della proposta, e la seconda avente per tal momento quello in cui il proponente viene a conoscere l'accettazione della sua proposta. Modernamente l'una dottrina e l'altra si scissero in più, nel determinare il preciso momento, sia della emissione della accettazione, sia della ricezione di questa, ed anche vi fu chi escogitò dottrine medie fra le due fondamentali; ma prima vogliono essere passati in rivista i fautori di ciascuna di queste.

La dottrina della *dichiarazione* è stata seguìta da Grozio, *De jure b. et p.*, p. II, c. XI, § 15, rispetto ai contratti gratuiti, ma non rispetto ai contratti bilaterali. Volfio, *Instit. jur. nat. et gent.*, p. III, c. 14, § 715, è per la dichiarazione fino a tanto che non si possa presumere che il promittente abbia altra intenzione. Fu-

rono incondizionatamente per la dichiarazione: CUJACCIO, *Observ.*, XIII, c. 31; LAUTERBACH, *Diss. de nuntio*, c. VII, § 25; CASAREGIS, *Disc.*, XXXVIII, nn. 51, 52; STRUVIO, *Exercit. ad Pand.*, XI; DE LUCA, *De cred.*, disc. LI, n. 6; BRUNNEMANNO, *Comm. ad l. 1, Dig., mandati*; PACIONI, *De locat.*, c. 16, n. 38; SALGADO, *Labyr. cred.*, I, c. 30, n. 19; SURDO, *Cons.*, 136; POTHIER, *Vente*, n. 32. Nel secolo nostro essa fu seguìta in Germania: da SAVIGNY, *System d. h. R. R.*, VIII, § 371, n. 6; WENING-INGENHEIM, *Arch. f. d. Civ. Prax.*, I, 267; THÖL, *Handelsr.*, § 57; PUCHTA, *Pand.*, § 251; SCHEURL, *Jahrbüch. di* JHERING, II, p. 259; BLUME, *Encyclop.*, II; MEYER, *De confl. legum.*, 4, 59; SINTENIS, *Das pract. gem. Civilr.*; II, § 36; KOCK, *Das Recht der Obligat.*, II, § 271; LYTTEN, *Quo temp. pactum inter abs. perfici videatur*; ZACHARIAE, *Dr. civ. franc.*, § 343; — in Francia: da DURANTON, XVI, n. 25; MARCADÉ, IV, n. 395; VINCENT, *Législ. commerc.*, p. 40, n. 95; BONCENNE et BOURBEAU, *Théor. de la procéd.*, VI, p. 162; DEMOLOMBE, *Obblig.*, I, n. 75; DUVERGER, *Vent*, n. 54, 59; BÉLIME, *Philos. d. droit*, II, p. 434; AUBRY et RAU, IV, § 343; LYON CAEN et RENAULT, *Précis de dr. comm.*, I, n. 629-631, 676; GUILLOUARD, *De la vente et de l'échange*; GIRAULT, *Des contrats par correspondance*, n. 69; VALÉRY, *op. cit.*, p. 136 e segg.; BOILEUX, *Comm. du Code Nap.*, VI, p. 349; FOELIX, *Tr. d. dr. int. priv.*, I, n. 105; — nel Belgio: da MOLITOR, *Les obligat.*, I, n. 49; — in Italia: da SERAFINI, *Il telegrafo in relaz. alla giur. civ. e comm.*, Pavia, 1862; PIGOZZI, *Archivio giur.*, VI, p. 3-59; BOLAFFIO, *id.*, XXIX, p. 505; FIORE, *Dir. int. pr.*, append. al § 247 (questi era stato prima fautore della dottrina dell'*informazione*); SUPINO, *Arch. giur.*, XIII, p. 521; CIPELLI, *Della vendita comm. fra assenti*; PACIFICI-MAZZONI, *Legge*, 1872, I, 77; CENERI, *Lez. di dir. rom.*; DOVERI, *Inst. di dir. rom.*; DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Annali di giurispr. it.*, III, p. 30; BORSARI, *Comm. cod. comm. it.*, § 105; — in Inghilterra e negli Stati Uniti: da STORY, *Comm. on the confl. of laws for, and dom.*, ch. VIII, § 283; WHARTON, *Treatise on the conflict of laws*, §§ 421, 422; CHITTY, *Law of contract*, p. 14; POLLOK, *Princip. of contrt.*, p. 663.

La dottrina della *informazione* fu seguìta: da GROZIO (v. sopra) pei contratti bilaterali; HEINECCIO, *Praelect.*, in H. GROT, 15; PUFENDORF, *Jus nat. et gent.*, III, c. 16, § 15; HERT, *Des collis legum*, § 16 e segg.; DARIES, *Instit. jurispr. univ.*, § 415; MUEHLENBBUCH, *Doct. Pand.*, § 331. — Nel secolo nostro essa fu seguìta in Ger-

mania: da MITTERMAIER, *Arch. f. d. Civ. Prax.*, XIII, p. 316; WAECHTER, *id.*, XXV, p. 45; HASSE, *Rhein. Mus.*, II, p. 371; BEKKER, nei suoi *Jahrb.*, III, p. 116 e segg.; REGELSBERGER, *Civilrecht Erörter*, fasc. I; — nel Belgio: da MAYNZ, *Dr. rom.*, II, § 200, n. 11; LAURENT, *Principes*, XV, § 479; e *Dr. civ. int.* VII, § 417; WURTH, *ap.*, VALÉRY, *l. c.*, p. 128; RAMUR, *Le Code belge revisé*, I, n. 250; in Olanda: da ASSER, *De telegraphe in hare Rechsgevolgen*, p. 87; — in Francia: da FLANDIN, *Revue de notariat*, X, p. 569; ALAUZET, *Comm. Code comm.*, n. 111; DELAMARRE et LE POITEVIN, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 99; MASSÉ, *Dr. comm.*, I, n. 579; TROPLONG, *De la vente*, I, n. 25; TOULLIER, VI, n. 29; ROBERT, *Des contr. par corresp.*; PARDESSUS, *Dr. comm.*, I, 250; DALLOZ, *Rép.*, voce *Lettres missives*; LAROMBIÈRE, *Théor. et. prat. des oblig.*, n. 21; — in Italia: da PRECERUTTI, *Dir. civ.*, n. 709: PESCATORE, *Arch. giur.*, XII, p. 412; LUZZATTI, *Della trascriz.*, I, 29; REGNOLI, *Annali di giurispr. it.*, 1880, III, 98; SCHUPFER, *Obblig.*, p. 117; ROCCO, *Dir. int. priv.*, III, c. 171; BASEVI, *Annot. prat. al cod. civ. austr.*, § 862; ESPERSON, *Il principio di nazionalità*, p. 136; VIDARI, *Corso di dir. comm.*, I, § 54; e altri, fra i quali io stesso, in una nota inserita nel *Foro italiano*, 1881, I, 621 (1).

Le legislazioni positive sono del pari divise fra le due dottrine. Sono per la perfezione del contratto nel momento dell'arrivo della accettazione al proponente: il Codice civile austriaco, § 862; il Codice civile della Luigiana, art. 1796-1803; il Codice di commercio del Chilì, art. 98; il Codice di commercio italiano, art. 36; il Codice civile spagnuolo, art. 34; il Codice di commercio rumeno, articoli 35-38 (che sono una riproduzione dell'art. 36 Cod. comm. it.). — Sono per la perfezione del contratto nel momento della accettazione dichiarata: il Codice di commercio austriaco, § 231 (discorde dal § 862; Cod. civ. austr.); i Codici di commercio del Messico, art. 222; del Perù, art. 185, del Nicaragua, art. 133; il Codice civile bavarese, art. 321; il Codice di commercio ungherese, § 318; il Codice di commercio portoghese, art. 234; la legge

(1) Quasi tutte le precedenti citazioni ho desunto dall'opera del VALÉRY pag. 128 e segg.) e da una *nota* dell'avv. RUTIGLIANO, nel *Foro it.*, 1878, I, 410. Non tutte le citazioni ho potuto verificare; non mi tenga quindi responsabile il mio lettore delle inesattezze che per avventura vi riscontri.

sulle obbligazioni per l'India inglese (VALÉRY, *op. cit.*, p. 238); la legge svizzera sulle obbligazioni del 1883, art. 8; il Codice di commercio tedesco, art. 321; il Codice civile sassone, §§ 814-818; il Codice di commercio del Würtemberg, art. 289; il Codice civile germanico §§ 149-151, i quali tre ultimi Codici contengono in sostanza gli stessi principî, cioè dipendere l'efficacia del contratto dall'essere l'accettazione arrivata in tempo al proponente, e considerano l'accettazione tardiva, come una proposta nuova; e il progetto di Codice civile giapponese, art. 329 (VALÉRY, *op. cit.*, p. 247-48).

Come gli scrittori ed i legislatori, così pure, dove una legge positiva non definisce il momento perfezionativo del contratto fra assenti, la giurisprudenza oscilla fra la dottrina della *dichiarazione* e quella dell'*informazione*.

In Francia, per es., non si può dire che nessuna delle due dottrine prevalga nella giurisprudenza; vi hanno moltissime decisioni per l'una e per l'altra (V. VALÉRY, *op. cit.*, p. 128 e 130).

In Italia la giurisprudenza ha qualche volta adottato la dottrina della *dichiarazione*; ma senza paragone prevalente è il numero delle decisioni che adottarono la dottrina dell'*informazione*. Locchè si comprende facilmente al riflettere che la seconda dottrina è stata accolta dal Codice di commercio italiano, e doveva per ciò solo raccomandarsi di preferenza anche nel campo del gius civile comune. Seguirono la dottrina della dichiarazione, p. es., i giudicati seguenti: App. Genova, 3 marzo 1863 (*Monit. trib.*, Milano, 1863, 839); App. Napoli, 5 aprile 1881 (*Annali*, 1881, I, 384, e *Foro it.*, Rep. 1881, voce *Contratto*, n. 7); App. Trani, 28 febbraio 1878 (*Giur. comm.*, 1878, 78, e *Foro it.*, Rep. 1878, detta voce, n. 8), e 16 dicembre 1880 (*Giur. comm.*, 1882, I, 95); App. Genova, 22 febbraio 1878 (*Giur. comm.*, II, 38); App. Lucca, 27 febbraio 1879 (*Foro it.*, 1879, I, 1276). Seguirono invece la dottrina della informazione, per es., i giudicali seguenti: Cass. Firenze, 29 gennaio 1862 (*Monit. trib.*, Milano, 1862, 329); App. Genova, 21 luglio 1862 (*Id.*, 1863, 978); Cass. Torino, 22 maggio 1865 (*Id.*, 1865, 848); Cass. Firenze, 21 dicembre 1868; App. Lucca, 18 luglio 1870 (*Annali*, 1870, 2, 254); Cass. Torino, 22 dicembre 1871 (*Monit. trib.*, 1872, 35) e 25 luglio 1873 (*Id.*, 1873, 1079); Cass. Roma, 17 gennaio 1873 (*Riv. Gen.*, 1874, 1055); App. Milano, 17 giugno 1876 (*Monit. trib.*, 1876, 1127, e *Foro it.*, Rep.

1876, voce *Contratto*, n. 3); App. Lucca, 18 luglio 1870 (*Riv. Gen.*, 1873, 177); Cass. Torino, 22 dicembre 1870 (*Monit. trib.*, 1872, 35), 25 luglio 1873 (*Riv. Gen.*, 1874, 1055), 21 aprile 1876 (*Foro it.*, 1876, I, 613, con nota di richiami), 26 novembre 1877 (*Id.*, 1878, I, 410, con nota dell'avv. Rutigliano); App. Genova, 10 luglio 1877 (*Eco giur.*, 1877, 593, e *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Contratto*, n. 4); App. Milano, 17 giugno 1876 (*Monit. trib.*, 1876, 1127, e *Foro it.*, Rep. 1876, voce *Contratto*, n. 3); Trib. Genova, 23 marzo 1877 (*Giur. comm.*, I, 27, e *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Contratto*, n. 3); App. Messina, 27 dicembre 1870 (*Foro it.*, 1881, I, 162); Cass. Firenze, 4 luglio 1878 (*Annali*, 1888, 2, 228, e *Foro it.*, Rep. 1878, voce *Contratto*, n. 10-12); Pret. Modena, 11 aprile 1878 (*Foro it.*, Rep. 1878, voce *Contratto*, n. 7); App. Firenze, 4 luglio 1878 (*Annali*, 1878, 228, e *Foro it.*, Rep. 1878, voce *Contratto*, n. 12); Cass. Torino, 15 settembre 1882 (*Annali*, 1882, I, 455, e *Foro it.*, Rep. 1882, detta voce, n. 23) e 26 aprile 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 621, con mia nota); App. Casale, 19 novembre 1886 (*Giurisp.*, Torino, 1887, 24, e *Foro it.*, Rep. 1887, voce *Contratto*, n. 3); App. Torino, 16 settembre 1887 (*Giurispr.*, Torino, 1887, 685, e *Foro it.*, Rep. 1887, detta voce, n. 5); Cass. Napoli, 25 maggio 1887 (*Diritto e giur.*, III, 101, e *Foro it.*, Rep. 1887, detta voce, n. 2); e 20 giugno 1888 (*Legge* 1889, I, 192, e *Foro it.*, Rep. 1888, detta voce, n. 4); App. Catania, 16 maggio 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 707); App. Trani, 20 febbraio 1891 (*Riv. giur. Trani*, 1891, 167, e *Foro it.*, Rep. 1891, voce *Contratto*, n. 29); Cass. Torino, 4 febbraio 1891 (*Giurispr.*, 1891, 153, e *Foro it.*, Rep. 1891, detta voce, n. 27-28); App. Roma, 12 dicembre 1891 (*Temi romana*, 1891, 505, e *Foro it.*, Rep. 1892, detta voce, n. 22); App. Genova, 20 febbraio 1892 (*Giurista*, 1892, 134, e *Foro it.*, Rep. 1892, detta voce, n. 21); Cass. Firenze, 2 febbraio 1893 (*Temi veneta*, 1893, 119, e *Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, n. 36); App. Trani, 18 febbraio e 8 luglio 1893 (*Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, n. 34-35); App. Roma, 9 ottobre 1894 (*Temi romana*, 1894, e *Foro it.*, Rep. 1894, detta voce, n. 25); App. Genova, 3 marzo 1894 (*Temi gen.*, 1894, 210, e *Foro it.*, Rep. 1894, detta voce, n. 27); Cass. Torino, 19 giugno 1896 (*Foro it.*, 1807, I, 21).

Io pure sono d'avviso nel campo della scienza, e quindi anche in quello del diritto civile italiano, che il momento perfezionativo del contratto per corrispondenza è quello in cui l'accettazione è

arrivata a cognizione del proponente, a meno che la volontà espressa di questo, oppure l'indole del contratto, che sia reale, oppure che sia unilaterale come il mandato, la commissione, la fideiussione, e quindi la volontà presunta del proponente, facciano reputare tal momento quello dell'accettazione della proposta.

Razionalmente e praticamente la dottrina dell'*informazione* pare a me doversi preferire a quella della *dichiarazione*.

Io non dò gran peso, come ho già detto, al solito argomento della necessaria consapevolezza contemporanea di entrambi i contraenti circa il loro consenso, chè altrimenti, come ho pure già osservato, non si potrebbero ammettere eccezioni di sorta alla dottrina dell'*informazione*.

Per me, è anzitutto un grave e decisivo motivo razionale di preferire la dottrina dell'*informazione* a quella della *dichiarazione*, il non potersi reputare definitiva l'accettazione di fronte a colui medesimo che la emette, fintantochè essa non sia arrivata al proponente. Come quegli può dentro di sè rifiutare dapprima la proposta e poi accettarla, o prima accettarla e poi rifiutarla, così egli può anche revocare una qualunque risposta sua, dopo averla in qualunque modo espressa, sia che egli l'abbia espressa scrivendo sui proprî libri di commercio, o in una lettera al proponente, che sia rimasta presso di lui, o sia che l'abbia espressa in una lettera o in un dispaccio consegnati all'ufficio postale o telegrafico, e in questi ultimi casi distaccata altresì, come dicono, da sè, oltre che espressa. E la revoca può tanto consistere nel riprendere la lettera o il dispaccio non ancora spedito o consegnato, quanto nel fare pervenire al proponente, insieme alla prima risposta, o anteriormente a questa, un'altra risposta che la disdica. Tutti questi modi di revoca sono equipollenti, e ragion vuole che siano tutti egualmente consentiti al destinatario della proposta. E in realtà sono essi tutti consentiti dagli stessi fautori della dottrina della *dichiarazione*. E ciò non ha altra ragione o significato, se non che, come dissi, di fronte allo stesso accettante non è definitiva l'accettazione fintantochè al proponente non sia arrivata; donde logicamente viene che, in nessun momento anteriore a quello, la perfezione del contratto fra assenti si possa collocare, sicchè, p. es., se muore l'accettante prima di quel momento, la revoca dell'accettazione può essere fatta in tempo dagli eredi suoi, e se nel frattempo l'accettante diventa incapace o viene emanata legge

che divieta il contratto, l'accettazione rimane senza effetto alcuno (1).

È anche stato più volte rimproverato ai fautori della dottrina della *dichiarazione* la contraddizione in cui essi cadono, ammettendo che l'accettante possa revocare l'accettazione fino a che questa non è arrivata al proponente. Codesta obbiezione è perfettamente logica, dato il modo in cui la dottrina della *dichiarazione* suol essere rappresentata dai fautori suoi, il qual modo però è sbagliato, come in seguito renderò chiaro. Ammesso che l'accettazione di per sè sola perfezioni il contratto fra assenti, non si scorge come essa possa essere revocata. E davvero non è scientifica la scusa del Serafini (*op. cit.*, p. 79) che così voglia l'*equità naturale*. Ma chi di questa contraddizione ricerchi il motivo, non altrove lo ritrova che nella evidenza, a cui anche i fautori della dottrina della *dichiarazione* non possono resistere, che nessuno può reputarsi impegnato da una parola che non ha ancor detto a nessuno; dal che discende la condanna di quella dottrina in nome della logica.

Non si capisce del resto come e perchè coloro, i quali ripongono la perfezione del contratto fra assenti nel momento dell'accettazione, non reputino tal momento quello in cui una qualunque manifestazione della volontà di accettare sia accaduta, che appena

---

(1) Il chiaro giureconsulto e amico mio, danese, A. Hindenburg, è di contrario avviso sugli ultimi due punti, e lo si capisce perchè egli è partigiano della dottrina della dichiarazione. Ma a me pare che appunto non si possa concordare l'opinione sua colla premessa che fino all'arrivo della risposta di accettazione, nè il destinatario può reputarsi definitivamente obbligato, nè l'offerente può credere di esserlo dal canto suo. Hindenburg opina che la revoca in tempo dell'accettazione sia *voluntas in contrarium acta*, e ciò è certo, ma se l'accettante era obbligato per il fatto dell'accettazione, come può egli appunto disobbligarsi per volontà sua? È ancora Hindenburg d'avviso che, data la dottrina della informazione, se muore l'accettante prima che l'accettazione arrivi al proponente, cessi ogni effetto di questa, e gli eredi non sottentrino, rispetto ad essa, in luogo dell'accettante. Ma neppure di ciò io posso convenire; imperocchè l'accettazione avvenuta è un atto giuridico-patrimoniale, il quale mantiene di fronte agli eredi tutti i suoi effetti, compreso quello della revocabilità. Altra cosa è la facoltà di accettare non ancora esercitata; questa è personale al destinatario, sicchè, se il destinatario non l'ha esercitata, sono liberi i suoi eredi di esercitarla o no. Di ciò convengono anche Aubry et Rau, IV, l. 343, e Laurent, vol. 15, l. 478.

si possa provare. Perchè non deve bastare la significazione dell'accettazione a testimoni, ove per il contratto non sia richiesta la forma scritta? In realtà non sono concordi i giureconsulti di quella scuola nel determinare la espressione dell'accettazione, che si debba reputare definitiva. Alcuni, come p. es. CUJACCIO, CASAREGIS, STRUVIO, DE LUCA, BRUNNEMANN, POTHIER, si accontentano di una dichiarazione *stricto sensu*; altri, e sono i più, e, p. es., AUBRY et RAU, SINTENIS, SERAFINI, WHARTON, CHITTY, POLLOK, esigono la spedizione della risposta d'accettazione. Di queste opinioni la più logica, data la premessa, pare a me la prima. Imperrocchè, io dico, se basta il consenso del destinatario alla proposta inviatagli, perchè contratto ci sia, appena è lecito, per la ragione tutta estrinseca della possibilità della prova, non accontentarsi dello stesso interior consenso della volontà dello accettante con quella del proponente. Una plausibile ragione per esigere, oltre alla estrinsecazione dell'accettazione, anche la spedizione di questa, io non la scorgo, tranne quella della minor probabilità di revoca, dell'apparente maggior serietà dell'accettazione, che è stata, oltrechè espressa, anche spedita. Ma in questa guisa si vulnera il principio che, non appena la proposta è accettata, il contratto è perfetto, e non si ha poi ragione di escludere che non siano necessarî anche segni esterni che l'accettazione, oltre ad esser seria, sia anche definitiva, dei quali segni il più appropriato è appunto l'arrivo dell'accettazione, non revocata, al proponente; ma per questa via si riesce alla dottrina della *informazione*.

Vi ha però un argomento apparentemente grave a favore della dottrina della *dichiarazione*, ed è il gran numero di legislazioni positive che l'hanno adottata. Ma io non credo che questo argomento valga in realtà quanto pare.

Qual è la vera differenza che intercede fra le legislazioni, siano mercantili, siano civili, che pongono il momento perfezionativo del contratto fra assenti in quello dell'accettazione, e quelle che lo pongono invece nel momento dell'arrivata risposta di accettazione al proponente? Occorre ben definire codesto punto, il quale non lo è stato fin'ora, sicchè il vero significato e la importanza pratica della questione non sogliono essere esattamente compresi, e la questione viene anche ad assumere uno strano aspetto, non avvertito neppur questo, per lo invocare che fanno egualmente l'evidenza e il senso comune i fautori di entrambe le opposte soluzioni.

A sentire i difensori e gli avversarî della dottrina della *dichiarazione*, sembra che questa consista nel ritenere perfezionato il contratto fra assenti per il solo fatto dell'accettazione dichiarata o spedita, indipendentemente dallo avere il proponente avuto la risposta dell'accettazione. Ma così non può essere e non è, perchè tutti i Codici, che adottano quella dottrina, statuiscono altresì che la dichiarazione di accettazione ritardata, ove il proponente non dichiari di accontentarsene, vale quale proposta nuova (V., p. es., Cod. civ. germ., § 150). Or se la risposta, non tardiva, di accettazione del contratto, è indispensabile alla perfezione di questo, ne segue che chi ripone questa perfezione nel momento dell'accettazione, ne esige in pari tempo, per condizione, l'arrivo della risposta di accettazione in tempo debito al proponente. E allora la perfezione del contratto fra assenti nel momento dell'accettazione non è che una *retrotrazione della condizione verificata della risposta di accettazione spedita e arrivata in tempo debito.* Ciò riconosce in sostanza anche il Koeppen (*Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Jena, 1871), il quale però vorrebbe distinguere l'obbligazione dal contratto, facendo sorgere la prima dopo l'arrivo della risposta di accettazione al promittente, e retrotraendola al momento dell'accettazione, e il secondo reputando perfetto all'atto di questa; distinzione inammissibile, perchè incomprensibile, non essendo possibile separare l'obbligazione dal contratto.

Non altro che l'anzidetto è il vero significato della così detta dottrina della *dichiarazione*. È un collocare la perfezione del contratto in un momento anteriore al compimento di tutti gli estremi o requisiti di esso, e in particolare dell'estremo della risposta e dell'arrivo della risposta di accettazione; non è già, come pare a molti, un avere un differente concetto di codesti estremi, da quello che hanno i fautori della dottrina dell'*informazione*. Mentre in questa seconda dottrina la perfezione del contratto fra assenti coincide col verificarsi di tutti i detti estremi, in quella prima invece essa è collocata in un momento anteriore, al verificarsi cioè di un solo estremo, l'accettazione, momento però che tale diventa soltanto per virtù, e propriamente virtù retroattiva, del verificarsi anche degli altri estremi, cioè dell'ultimo di questi, l'arrivo al proponente della risposta di accettazione. Ciò che nella seconda dottrina accade più tardi, nella prima accade più presto, perchè si retrotrae in questa ciò che in quella trae invece a sè ciò che

è accaduto prima. Nella seconda dottrina l'accettazione si confonde con l'arrivo suo al proponente; nella prima invece questo si confonde con quella. Non vi ha quindi una differenza sostanziale fra le due dottrine, perchè i medesimi estremi della perfezione del contratto si richiedono in entrambe; soltanto queste differiscono nel rapporto che fra quegli elementi stabiliscono; ma l'effetto pratico di tal differenza, per sè medesima non essenziale, non è tuttavia piccola, perchè nella dottrina della *dichiarazione* gli effetti giuridici del contratto fra assenti vengono a cominciare prima che nella dottrina dell'*informazione*.

Tutte queste cose non avvertono nè i propugnatori, nè i critici della dottrina della *dichiarazione*. Quanto ai primi, è questa appunto la fallace rappresentazione a cui io ho accennato più volte sopra, della stessa loro dottrina. Inconsultamente quindi essi prestano il fianco all'obbietto micidiale: che, se con l'accettazione il contratto si perfeziona, non è più possibile revoca di questa. Ed i secondi, inconsultamente del pari, reputano siffatta obbiezione radicata veramente nella sostanza della dottrina che combattono, anzichè nel modo in cui questa viene presentata.

Poste queste cose, meglio si capisce il prevalere la dottrina della *dichiarazione* nei codici mercantili, perchè più spesso nella contrattazione mercantile che nella civile vi ha interesse, e quindi si può presumere la volontà del proponente ad un destinatario lontano, che la proposta, appena accettata, venga subito eseguita. La retrotrazione cioè dell'effetto dell'essersi verificati tutti gli estremi del contratto, al momento dell'accettazione, può ben reputarsi di regola esser voluta dal proponente un contratto mercantile. Ed anche meglio si capisce come il prevalere questa dottrina nei codici mercantili non infirmi per nulla i motivi razionali coi quali essa vien combattuta; imperocchè, mentre le due dottrine della *dichiarazione* e della *informazione* concordano nel concetto degli estremi necessari alla perfezione del contratto per corrispondenza, il motivo vero per cui la prima ripone il momento di quella perfezione in un tempo anteriore a quello in cui lo ripone la seconda, anzichè razionale, è *pratico, tutto pratico*, cioè la celerità degli scambi, celerità importante specialmente nel commercio vero e proprio, ma che alcuni legislatori reputano, a torto io credo, importanti del pari, e per regola generale, anche nel commercio civile ordinario.

E in pari tempo le esposte considerazioni comparative circa le due apparentemente opposte dottrine non aprono neppure la via a sovvertire l'argomentazione fatta più sopra contro la razionalità della dottrina della *dichiarazione.* Non è a credersi cioè che veramente la costruzione razionale del contratto fra assenti si possa indifferentemente fare nell'uno e nell'altro dei due modi, che ho detto insiti nelle due opposte dottrine. Quando io ho affermato sopra non potersi il contratto fra assenti reputar perfetto di fronte allo stesso accettante, per tutto il tempo in cui il proponente può aspettare la risposta di accettazione, perchè per tutto questo tempo l'accettazione non è definitiva per l'accettante medesimo, il quale può sempre pentirsi, io facevo certamente un obbietto alla dottrina della *dichiarazione,* non solo razionale, ma adeguato. Adeguato, perchè rispondente a quella possibilità di revoca dell'accettazione, che è insita nel concetto stesso del contratto fra assenti, e che quindi presiede in certa guisa ad ogni singolo contratto di questa specie, quando ne vien posto il germe con la proposta iniziale. La dottrina della *dichiarazione* invece, mentre non è a dirsi propriamente irrazionale, come pure la chiamano molti che non ne hanno penetrato la vera differenza della dottrina dell'*informazione*, è però inadeguata al subietto, perchè non conviene che ai casi in cui l'accettazione, oltrechè spedita in tempo al proponente, non sia stata in tempo revocata. O, a dir meglio, essa non risponde al concetto astratto della contrattazione fra assenti, il quale concetto racchiude in sè la possibilità della revoca dell'accettazione, ma bensì e soltanto conviene ai contratti di quel genere conclusi, e una volta conclusi, per essere stata quella possibilità senza effetto. Il che pure sogliono non avvertire i fautori della dottrina della *dichiarazione*; è anzi questo l'error medesimo che io ho rilevato in essi più sopra, per cui non sanno come conciliare la dottrina loro colla revocabilità dell'accettazione; l'errore di non accorgersi che anche per essi la risposta di accettazione è propriamente necessaria alla perfezione del contratto, e che soltanto l'efficacia di questa risposta essi riportano ad un momento anteriore, sicchè la dottrina loro suppone il contratto fra assenti già perfezionato in tutte le parti sue, e queste in un dato modo compone, non contempla già il contratto nel *fieri* suo, dal principio alla fine. E, ciò essendo, se la dottrina della *dichiarazione* non è propriamente a dirsi irrazionale, è però certamente *meno razionale* di quella della

informazione. Imperocchè, se in realtà l'assente accettante non può reputar definitiva di fronte a sè medesima l'accettazione sua, fino a che non sia decorso il periodo dentro il quale può revocarla — la qual revoca, si noti bene, non è, in astratto, esclusa neppure dal fatto dell'esecuzione già compiuta (1) — non è propriamente conforme a ragione che neppur si finga perfetto il contratto in un momento in cui l'accettante sapeva in realtà che non lo era, appunto perchè l'accettazione sua egli stesso non poteva considerare come definitiva di fronte a sè medesimo. E poi vi ha anche un altro grave motivo di non reputare razionalmente corretto il solito modo di intendere la dottrina della *dichiarazione*. Ed è che la retrotrazione della conferma dell'accettazione, non revocata, al momento in cui l'accettazione è stata emessa, considera questa come una *conditio adimpleta*, mentre, come tutti sanno, non è vera e propria condizione quella *si volam, si voluerim*.

In fin dei conti, in virtù delle considerazioni suesposte, la questione della scelta fra le due dottrine si riduce a dimandare, se la minore razionalità della figura giuridica ravvisata nel contratto fra assenti dalla dottrina della *dichiarazione*, sia compensata o no dal vantaggio pratico, accennato sopra, della maggiore celerità degli scambi, specialmente mercantili. Il porre la perfezione del contratto fra assenti nel momento dell'accettazione non è, neppure per i seguaci di questa, una esigenza della logica, è qualche cosa di *voluto*, piuttostochè di *razionalmente necessario*; e quindi è a dimandare se cotestà volontà, che forza la logica, sia giustificata abbastanza dal fine pratico a cui mira. Sono questi i veri e ultimi termini della critica di quella dottrina, e, quindi, in generale, della questione circa il momento perfezionativo del contratto fra assenti. Esaminerò più tardi codesto punto; intanto proseguo ad esporre i motivi razionali di preferire alla dottrina della *dichiarazione* quella della *informazione*.

---

(1) È gratuita asserzione e petizione di principio quella di Vincens (*Exposit. rais. de la législ. commerc.*, Paris, 1834, pag. 47, nota) che sarebbe giudicato disonesto commerciante quello che corresse dietro alla merce già spedita al proponente, e la ripigliasse prima che questi avesse notizia dell'accettazione. Nel caso di fallimento o temuto del proponente, quello sarebbe anzi un atto non solo lecito giuridicamente e moralmente, ma anche doveroso nell'interesse proprio dell'accettante.

Se l'accettante non può considerare definitiva di fronte a sè stesso l'accettazione propria, fintanto che non sia passato il tempo durante il quale può revocarla, eseguita o no, il proponente, dal canto suo, non può reputarsi vincolato definitivamente al destinatario assente, se non dopo che l'accettazione di questo gli sia pervenuta. Or se non è logico il riportare la perfezione del contratto, ottenuta mediante l'accettazione e l'arrivo di questa al proponente, in un momento nel quale l'accettante non poteva considerare sè stesso vincolato definitivamente, è anche non logico il riportarla in un momento in cui neppure il proponente poteva fare di sè stesso questo medesimo giudizio. Ma v'ha di più. Può anche darsi, e non di rado si dà, che nell'atto della proposta il proponente non avesse ancora la cosa che offre al suo lontano corrispondente, essendo egli sicuro di potersela subito procacciare, non appena conosciuta l'accettazione dell'offerta, epperò, colla retrotrazione del momento perfezionativo del contratto all'accettazione, si viene talvolta a collocare il contratto in un tempo in cui mancava persino la materia dell'obbligazione. Sotto due aspetti adunque, e due volte apparisce il vizio logico della dottrina della *dichiarazione.* E più grave è questo vizio in quanto concerne il proponente. Imperocchè, quantunque il contratto sia consenso di due persone, l'iniziativa, l'impulso ne viene però dal proponente, ed esso infatti suol definirsi *accettazione di promessa.* Onde un certo primato d'importanza vuolsi razionalmente al proponente attribuire, e, se non è logico che l'accettante si ritenga obbligato in un momento anteriore a quello in cui si è veramente completato il contratto fra assenti coll'arrivo della risposta di accettazione al proponente, meno ancora lo è che accettante o proponente si ritengano obbligati in un momento in cui il proponente in particolare era ancora incerto se la proposta sua sarebbe stata accettata o no.

È un obbietto anche questo, che sarebbe temerario supporre non abbiano i fautori della dottrina della *dichiarazione* avvertito; ma anche a questo obbietto essi passarono sopra perchè vollero, e lo vollero per quella mira pratica di cui già sopra ho fatto menzione, e che ora vengo a considerare.

Celerità degli scambi, esecuzione immediata del contratto per parte dell'accettante lontano, anche se espressamente non sia stata richiesta dal proponente, nè di contratti unilaterali si tratti, i quali per la loro stessa indole richiedono immediata esecuzione. È questo

il motivo e lo scopo della retrotrazione della perfezione del contratto fra assenti al momento dell'accettazione, nella dottrina della *dichiarazione*, ed esso parmi motivo insufficiente nelle contrattazioni commerciali, e più ancora in quelle civili.

E di vero, quando il contratto, per la natura sua, non esige esecuzione immediata per parte dell'accettante, e non è quindi presumibile la intenzione del proponente di prescindere dalla risposta di accettazione per considerare perfetto il contratto, appena si può supporre che, se il proponente voglia nonostante l'esecuzione immediata per parte del destinatario accettante, non gli abbia a far conoscere questa intenzione sua insieme alla proposta. E quindi lo stabilire la legge medesima la presunzione di tale volontà del proponente in questi casi, viene ad essere in pratica una cosa superflua. Nè sempre superflua cosa soltanto in quest'ultima ipotesi, ma facilmente altresì vero fuor d'opera e non senso, allorquando l'esecuzione immediata del contratto sia per la stessa indole dell'oggetto suo impossibile; il che, come ho detto, accade il più delle volte nelle contrattazioni civili, che non siano unilaterali.

Praticamente quindi non mi pare giustificata la dottrina della *dichiarazione*, nè in diritto mercantile, nè in diritto civile: in quest'ultimo poi meno ancora che nel primo. Praticamente cioè quella presunzione legale di rinunzia del proponente alla risposta di accettazione, preventiva all'esecuzione per parte dell'accettante — presunzione che si è veduto essere la sostanza della dottrina della *dichiarazione* — non è necessaria nè nella contrattazione mercantile, nè in quella civile, non mancando mai di supplirvi una dichiarazione del proponente, che abbia interesse di farla, e di questa stessa dichiarazione meno frequenti assai essendo le occasioni nella contrattazione civile che nella mercantile. Convengo però che siffatta presunzione, e quindi la dottrina della *dichiarazione*, sia più tollerabile nel diritto mercantile, che nel civile.

Di fronte ai gravi e sostanziali argomenti addotti in pro della dottrina dell'*informazione*, e, propriamente, della preferibilità di questa a quella della *dichiarazione*, appena meritano di esser considerati taluni minori obbietti, che pur si sogliono muovere contro la prima. Come, p. es., l'obbietto di Marcadé (*Explicat. du Code Napol.*, IV, n. 935) che, se occorre sappia il proponente la risposta di accettazione, anche l'accettante occorre sappia che al proponente è noto che egli ha accettato, e così via all'infinito. A questo

sofisma risposero il Massé (III, n. 1453) e il Regnoli (*l. c.*, p. 101) è sofisma, e nulla più, perchè, mentre il sapere il proponente la avvenuta accettazione è elemento indispensabile alla perfezione del contratto, e codesta scienza non può essere sempre e facilmente provata, egli è lecito invece e necessario che l'accettante presuma arrivata in tempo al proponente la sua risposta di accettazione, a tempo spedita; la qual presunzione se il fatto non confermi, tocca al proponente avvertirne il corrispondente lontano (1). — Nè valgono meglio gli altri obbietti desunti dagli art. 1057 e 1128 Codice civ. Se infatti l'art. 1057 fa dipendere l'efficacia della donazione dalla accettazione, lo stesso articolo soggiunge che, se la accettazione non viene fatta nello stesso atto di donazione, questa non ha effetto se non dal giorno in cui l'accettazione sia stata notificata al donante; onde l'art. 1057 è invece un valido argomento in favore della dottrina della *informazione*. — E se l'articolo 1128 statuisce non potere chi ha stipulato per un terzo revocare la stipulazione dopo che il terzo ha dichiarato di volerne profittare, ciò non implica che questa dichiarazione non debba esser significata ad ambedue i contraenti, al cui contratto il terzo aderì per ciò che lo riguarda.

E dunque, io concludo, la giurisprudenza civile italiana, libera essendo, in virtù dell'art. 3 D. P. c. c., di risolvere con meri criterî scientifici la questione del momento perfezionativo del contratto *per corrispondenza*, deve preferire la dottrina della *informazione* a quella della *dichiarazione*, in tutti i casi nei quali l'arrivo della risposta di accettazione al proponente, e questa stessa risposta non sia superflua per la perfezione del contratto, attesa l'indole di questo, oppure perchè il proponente vi abbia espressamente rinunziato. Dottrina, di cui è pur parte integrante l'obbligo del proponente di non rivocare la proposta fino a che può aspettare la risposta di accettazione da chi l'ha ricevuta, e che, così intesa e rappresentata, fu, prima che da me, propugnata da altri, e, p. es.,

---

(1) A ragione il Valéry (pag. 162, nota 2) non arriva a comprendese la tesi di Worms (*De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, pagina 181), che " non c'è contratto per corrispondenza ". Il motivo di questa stranezza è appunto il non avere il Worms compreso che il contratto fra assenti riposa da ultimo sulla presunzione detta sopra.

da Windscheid (*Lehrb. d. Pandektenr.*, §§ 306-308), ed a torto da alcuni è detta *mista*. Imperocchè le eccezioni che essa in sè racchiude riconfermano il principio generale non solo nei *casibus non exceptis*, ma anche negli stessi casi eccettuati, i quali lo sono soltanto perchè la volontà dell'uomo a quel principio rinunzia, e corre il rischio di codesta rinunzia.

Ma dopo avere adottato e preferito la tesi, che il contratto fra assenti deve reputarsi perfetto nel momento in cui se ne avvera l'ultimo essenziale estremo, cioè la notizia arrivata al proponente dell'accettazione avvenuta, rimangono a determinare i concreti estremi da cui si reputi risultare codesta notizia.

Io ho parlato fin qui indifferentemente di arrivata risposta di accettazione al proponente, e di notizia avuta da questo dell'accettazione. In realtà però i due concetti non sono identici, potendo benissimo darsi che la risposta di accettazione arrivi al proponente, ma che questi non ne prenda nello stesso momento notizia. E vi ha appunto dissidio fra gli scrittori ed i legislatori circa la preferenza da darsi all'un concetto o estremo, oppure all'altro, al fatto cioè dell'arrivo della risposta di accettazione al proponente, oppure al fatto dell'avuta notizia da questo che la sua proposta è stata accettata. O, in altri termini, vi ha dissidio circa lo esigere la prova della notizia avuta dal proponente, oppure lo accontentarsi della presunzione della notizia, derivante dal fatto dell'arrivo della risposta di accettazione al proponente, arrivo, s'intende, dentro il termine, fino al decorso del quale la risposta può essere aspettata. Il Codice di commercio italiano (art. 36) adotta il requisito della notizia; ma, poichè nel diritto civile comune la giurisprudenza italiana è pienamente libera di definire i requisiti ed il momento della perfezione del contratto fra assenti nel modo e nei termini che più le sembrino razionali e opportuni, così io penso in particolare che di quella libertà essa possa e debba valersi anche nel definire il detto punto controverso.

Non credo si possa esitare un istante a preferire il criterio dell'arrivo della risposta, cioè la presunzione da questo fatto desunta della notizia. È questa un fatto subbiettivo, il quale non può facilmente essere provato, mentre facilmente può essere negato contro verità, senza possibilità di controprova. Sicchè lo esigere la prova della notizia in questione sarebbe aprire un largo e irreparabile adito alla frode, e un rendere praticamente impossibile lo stesso

istituto del contratto *per corrispondenza*. In realtà la maggioranza delle legislazioni, sia che accettino il principio della *dichiarazione*, o sia che preferiscano quello della *informazione*, si accontentano dell'arrivo della risposta di accettazione al proponente; p. es., il progetto del Codice germanico (§ 122) parla di *arrivata (zugegangene)* risposta di accettazione, ed il Codice austriaco (§ 862), esigendo che la risposta venga *notificata (bekanntgemacht)* al proponente, non intende al certo questa espressione in altro senso che in quello ordinario, per cui atto notificato vuol dire non già letto e compreso dal destinatario, ma fatto pervenire nelle mani di questo, affinchè lo possa leggere e comprendere subito, come pur suole accadere, e deve quindi presumersi che accada. Ed io credo che anche una legge, la quale, come l'art. 36 Cod. comm. it., parla di *notizia giunta* della risposta al proponente, devesi intendere non già nel senso di notizia avuta, ma in quello piuttosto, e soltanto, di notizia da potersi e doversi avere, per essere giunto il documento che la contiene, non già il fatto subbiettivo di questa informazione. È in sostanza una semplice presunzione della notizia avuta dal proponente dell'avvenuta accettazione, e presunzione desunta dall'arrivo della relativa risposta, onde io non esito, p. es., a ritenere che il contratto per corrispondenza sarebbe perfetto anche se la risposta di accettazione fosse stata soltanto depositata nella cassetta destinata a raccogliere la corrispondenza del destinatario.

A talune altre minori questioni porge materia il contratto per corrispondenza, che non è qui mio intendimento di tutte avvertire ed esaminare, benchè tutte debba la giurisprudenza civile italiana risolvere secondo i migliori dettami fondamentali della scienza intorno a questo contratto.

Si domanda, p. es., se, giungendo la risposta di accettazione in ritardo, e cionondimeno accogliendola e avendola il proponente per buona, un nuovo contratto si ponga in essere in sèguito al relativo annunzio del proponente all'accettante, oppure l'anteriore contratto venga tenuto fermo. Ne disputano i commentatori dell'articolo 36 Cod. comm., e, p. es., il dott. L. Sabbatini (*Dir. comm.*, III, p. 185 e seg.) preferisce la seconda opinione, che è pur seguita dal Codice civile germanico (§ 150). Teoricamente io non sono di questo avviso; imperocchè nell'atto stesso in cui all'accettante vien fatto sapere che la sua risposta è giunta in ritardo, non gli si può dis-

conoscere il diritto di reputarsi disobligato, e quindi non è meno necessario che quegli dichiari di rinunciare a quel suo diritto, di quello che il proponente rinunci al suo, di ritenere disobbligato sè medesimo, affinchè il contratto divisato abbia effetto; ma queste due nuove dichiarazioni dànno manifestamente l'essere ad un nuovo contratto.

Anche si domanda se possa esser caso di obbligo di risarcimento di danni in sèguito alla revoca della proposta di contratto.

Come ho notato sopra, se si ammette, come io credo si debba, che la proposta di contratto, arrivata al destinatario, non possa essere revocata per tutto il tempo in cui si può aspettare la risposta di questo, non vi è luogo a parlare di obbligo di danni, ma di obbligo di riconoscere il contratto come perfetto, nel proponente che non ostante revochi l'offerta dopo che questa è arrivata al destinatario, il quale abbia accettato e in tempo spedita e fatta pervenire la risposta di accettazione (1). Soltanto se espressamente il proponente siasi riservato il diritto di revocare la proposta prima che l'accettazione gli arrivi, può parere che l'obbligo di risarcimento incomba al proponente verso l'accettante, in sèguito alla revoca, ma propriamente non si può neppure in questo caso di tale obbligo parlare. Imperocchè, avvertito il destinatario della possibilità della revoca, egli non è obbligato affatto a nulla intraprendere fino a che quella possibilità non sia cessata. Eppure l'azione di danni è ammessa dall'art. 36 del Cod. comm. Questo ammette la revoca tanto della proposta quanto dell'accettazione, fino a che la notizia dell'accettazione non sia arrivata al proponente, e obbliga il proponente ai danni verso l'accettante, il quale abbia intrapreso l'esecuzione della proposta, anche se la revoca della proposta sia accaduta mentre la risposta di accettazione è in viaggio verso il proponente.

Sono però tutt'altro che concordi i giureconsulti, nel designare il titolo dell'azione di danni del destinatario verso il proponente, e questa è forse riprova dell'infondatezza della tesi. L. Coviello ha riferito (d. I.) molte opinioni, come p. es., quelle: di Thöl, che argomenta dalla delusa buona fede dell'accettante, di Jhering, che

---

(1) Anche Vidari è di questo avviso (*Giorn. delle leggi*, 21 luglio 1870, pag. 44).

ricorre alla *culpa in contraendo*, negata da molti, fra i quali da Mommsen, e da Windscheid, del quale ultimo la dottrina non differisce essenzialmente da quella di Thöl; di Scheurl, di Mommsen, a cui va aggiunto Serafini (*Scritti germ.*, disp. I, p. 3), i quali ricorrono all'*actio mandati*. Il Coviello ed altri ricorrono all'*actio negotium gestorum*. E a questi va aggiunto Becker (Valéry, p. 178), il quale ricorre all'*actio doli*. Per me è cosa vana trovare il titolo di un'azione, che ho già detto reputar io inammissibile; di fronte all'art. 36 del Cod. merc. it., l'azione di danno in discorso parmi semplicemente un'*actio ex lege*.

Unilateralità del mutuo ad interesse.

Che si possa domandare la restituzione del capitale mutuato prima del termine prestabilito nel contratto, per il mancato pagamento degli interessi, quando apposita ed espressa stipulazione in questo senso sia pure stata introdotta nel contratto di mutuo, non può essere dubbio, come sentenziò la Cassazione di Napoli, 8 gennaio 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 1, 314). Ma in questo caso la condizione risolutiva è appunto espressa, e la risoluzione del contratto si opera *ipso jure*, cioè senza bisogno che il giudice la pronunzi. Che in difetto di tale stipulazione, il mutuo oneroso implichi tacitamente la risolvibilità sua, per mancato pagamento degli interessi, a sensi dell'art. 1165, non è egualmente facile ad ammettersi, ed io sono pienamente convinto del contrario.

Se la questione si potesse risolvere colla sola equità, che veramente, come dice la Cassazione di Roma in una sentenza 11 settembre 1895 (*Mon. dei Trib.*, 1895, 804), fu l'origine del canone dell'art. 1165, assodatosi dapprima nella francese giurisprudenza, anteriore al *Code civil*, e poi accolto da questo nell'art. 1184, che venne ripetuto nel Codice italiano, la risposta dovrebbe essere certamente affermativa. Non vi ha infatti ragionevole motivo per cui, come osserva la Cassazione di Roma, mentre un locatore può far risolvere il contratto di locazione, se il conduttore non paga puntualmente il dovuto canone, non abbia a potere il mutuante far risolvere il mutuo feneratizio, se il mutuatario non paga puntualmente il pattuito interesse. L'uno e l'altro dànno la cosa propria da godere ad un terzo, in vista e per ragione di un dato corri-

spettivo. Ma la questione vuol essere discussa e risoluta sul terreno della legge positiva, e a termini di questa, ed appunto io non credo che la interpretazione data dalla Cassazione di Roma agli art. 1099-1101 sia retta e fondata.

Se ponsi mente anzitutto allo stato della quistione nella giurisprudenza italiana, trovasi che la inapplicabilità dell'art. 1165 al mutuo ad interesse è stata ritenuta dalla Cassazione di Roma in una sentenza 13 luglio 1892 (*Giur. it.*, 1892, I, 1, 848), dalla Cassazione di Firenze, in una sentenza 15 novembre 1888 (*Ivi*, 1889, I, 1, 61), dalla Cassazione di Torino in una sentenza 5 febbraio 1894 (*Ivi*, 1894, I, 1, 355), e da parecchie sentenze di Corte d'Appello, come: Corte di Milano, 23 dicembre 1890 (*Mon. dei Trib.*, 1891, 193), Corte di Cagliari, 4 febbraio 1893 (*Ivi*, 1893, 190), Corte di Catania, 30 dicembre 1893 (*Ivi*, 1894, 970), Corte di Appello di Napoli, 8 aprile 1896 (*Foro it.*, 1895, 1, 456). Il contrario fu invece ritenuto dalla Cassazione di Roma con sentenze: 10 marzo 1904 (*Giur. it.*, 1884, I, 1, 468), 3 giugno 1902 (*Mon. Trib.*, 1902, 988), 11 settembre 1895, dalla Corte di Genova in una sentenza 15 settembre 1893 (*Giur. it.*, 1894, II, 117), e dalla Corte di Trani in una sentenza 9 maggio 1908 (*Ivi*, 995).

Nella sua sentenza del 1892 la Cassazione di Roma dichiarò recisamente che la tesi della bilateralità del mutuo è contraria allo spirito e alla locuzione della legge. E addusse come argomento: che lo sborso della somma mutuata non è obbligazione del mutuante, ma fondamento dell'obbligazione del mutuatario; che gli obblighi del mutuante, secondo gli articoli 1824 e 1825, non sono che garanzie del mutuatario, conseguenti alla dazione che pone in essere il contratto; che la scienza e la giurisprudenza non hanno mai ammesso la bilateralità del mutuo, neppure imperfetta. — La Cassazione di Torino, 5 febbraio 1894, dichiarò unilaterale il mutuo, applicando l'art. 1100, e riflettendo pure che la dazione del danaro non è esecuzione di obbligazione preesistente, ma vero fondamento della stipulazione degli obblighi del mutuatario, e aggiungendo che, se l'essere, chi dà la cosa propria ad altrui, sottoposto in pari tempo a certi obblighi verso chi la riceve, bastasse a dare al contratto il carattere di bilateralità, vano sarebbe il concetto di contratti unilaterali. — La Cassazione di Firenze e le Corti di Milano, di Cagliari, e di Napoli, nulla dicono che non si trovi nelle due summentovate sentenze. La Corte di Genova fu prima a

propugnare la tesi, cui poi si è convertita la Cassazione di Roma. Per la Corte di Genova il mutuo è contratto bilaterale, perchè la consegna della cosa mutuata è effetto di precedenti accordi fra mutuante e mutuatario, onde entrambi questi assumono obblighi contrattuali l'uno verso l'altro; oltre a ciò, dice la Corte, se al contratto di rendita gli articoli 1785, 1787 statuiscono inerente la tacita risoluzione, non v'è ragione per non dire lo stesso anche rispetto al mutuo. E nega che in diritto italiano si possa fare distinzione fra contratto sinallagmatico e contratto bilaterale, come la si fa in Francia, dove il *Code civil* all'art. 1102, corrispondente al nostro 1099, menziona, oltre al contratto sinallagmatico, anche il bilaterale, mentre i nostri articoli 1099, 1165 menzionano soltanto il contratto bilaterale. Ripudia poi il concetto romano della realità del mutuo, in cui la dazione del danaro sarebbe il *fundamentum stipulationis*, e afferma che in diritto italiano tutti i contratti sono fondati sul semplice consenso. Se nel mutuo, dice la Corte, la consegna del danaro è necessaria, affinchè il contratto esista, questa consegna però si riattacca ad una anteriore promessa, data ed accettata. E del resto Gajo stesso dichiara che il mutuante *obligationes contrahit* (*J. D.*, 81), e in diritto romano, come nel nostro, il mutuo è contratto gratuito, in cui all'obbligo di restituire non può corrispondere altro, dal lato del mutuante, fuorchè l'obbligo di dare. In sostanza questa motivazione della sentenza genovese è identica a quella delle sentenze della Cassazione romana.

Fra gli scrittori francesi le opinioni sono pure discordi intorno alla quistione in discorso. Duvergier (VI, 579) e Demolombe (II, 492-494), Aubry e Rau (vol. IV, 601) sono per l'applicazione della risoluzione tacita anche al mutuo con interesse; Larombière *Oblig.*, I, 1184, 2-3), Delvincourt (II, 43, cap. I, e 382), Laurent (XVII, 123), sono dell'avviso contrario. Gli scrittori italiani, che finora trattarono la questione, sono pure di vario avviso. Gallavresi (*Condiz. risol.*, n. 16, § 99), e Giorgi (*Tratt.*, 13ª ediz., vol. IV, n. 206) sono dell'opinione negativa; Borsari (*Comm.*, vol. III, pag. 388) è dell'opinione affermativa. Il Larombière però (*l. c.*) censura la restrizione del disposto dell'art. 1184, *Code civil*, identico al nostro 1165, e osserva che in realtà nei cosidetti contratti unilaterali, e nel mutuo in particolare, chi dà la cosa contrae perciò anch'esso obblighi, eventuali bensì, verso chi l'ha ricevuta. Ed egli, ed altri giuristi francesi distinguono due specie di con-

tratti sinallagmatici, di cui è menzione all'art. 1102 *Code civil*, gli uni perfetti, gli altri imperfetti, e a quest'ultima categoria ascrivono i contratti unilaterali, a cui l'art. 1184 del *Code civil* avrebbe potuto estendersi, ma non si estende.

Nella pratica l'importanza della questione è evidente. La risolvibilità del mutuo a interesse, per mancato pagamento di questo, se venisse ad essere universalmente ammessa dai tribunali, apporterebbe una vera rivoluzione in tutta quella non piccola parte della vita economica, che consiste in collocamenti di capitali a frutto, in sfruttamento di danaro altrui e pagamento di interessi.

Nella scienza, la quistione ha, come ho gia notato, il carattere di un contrasto fra la lettera della legge e la equità. Equo sarebbe, come ho già detto, che il mutuo oneroso fosse risolubile per mancato pagamento del corrispettivo, come è la locazione, come lo è la rendita semplice (articolo 1982). E qui la equità è propriamente non un semplice *quod jus praetermisit*, ma lo stesso spirito animatore, la stessa ragione dell'art. 1165, sicchè il richiamarsi all'equità è in pari tempo un censurare la legge, non già nè soltanto di non aver bene interpretato quella, ma di essere venuta meno a sè stessa, di essersi posta in contraddizione con sè medesima, per averla interpretata in parte soltanto, e quasi direbbesi per metà. Ciò hanno già osservato altri, come p. es., il Larombière, e a buon diritto. Ma per essere tale il carattere della quistione, non ne segue nè che veramente la quistione si possa fare, nè che essa sia difficile a risolversi di fronte ai termini del positivo diritto. Imperocchè nessuna quistione si può fare nella interpretazione della legge scritta, se non perchè gli stessi termini di questa vi diano appiglio; crear non la si può, solo perchè equa o più equa sarebbe piuttosto una interpretazione, che un'altra. Nel conflitto fra una legge, che non ammette dubbiezze, e la equità, si sa che il giureconsulto può dire soltanto: *dura lex, sed ita lex est*. Se quest'ultima cosa possa dirsi rispetto alla quistione in discorso, se cioè il testo della legge italiana autorizzi o no incertezza circa l'applicabilità dell'art. 1165 al mutuo oneroso, rimane a vedere; ma intanto mi è parso bene premettere l'avvertenza suddetta, onde porre in guardia lo studioso contro una prevenzione che potrebbe aver l'effetto di spingerlo a forzare l'interpretazione della legge con arditezza soverchia e inutili sofismi.

L'art. 1165 suona al suo principio: " la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione „ ; che cosa significa la espressione *contratto bilaterale*, adoperata in questo articolo? Tutta la quistione si riduce a questa domanda.

La prima, e certamente logica risposta da farsi, è questa: che *contratto bilaterale* intendasi nell'articolo 1165 quello che come tale è designato nell'articolo 1099, dove è detto *bilaterale* il contratto, in cui i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. In realtà questo medesimo concetto è ripetuto nell'art. 1165, poichè questo parla di una delle parti che non soddisfaccia alla sua obbligazione, il che implica essere entrambi le parti obbligate l'una verso l'altra.

Ciò posto, il mutuo a interesse è un contratto bilaterale o no?

Chi lo afferma crede di argomentare dalla comune definizione del contratto bilaterale, quale si trova nell'art. 1099 del Codice civile italiano. Poichè il mutuo a interesse vien posto in essere in virtù di previa promessa del mutuante di dare il danaro, e del mutuatario di corrispondere al primo l'interesse, se ne deduce senz'altro che il mutuo a interesse è contratto bilaterale; ma il contratto bilaterale è di sua natura consensuale, è contratto cioè nel quale per il solo scambio delle promesse sorge in ciascuna delle parti diritto ed obbligo verso l'altra. Così nella compra-vendita, nell'atto stesso in cui le parti si promettono la cosa e il prezzo, il diritto del compratore sulla cosa venduta è acquistato, e il diritto al prezzo è acquistato dal venditore anche se la cosa non vièn consegnata nè il danaro numerato; e nella locazione, nell'atto stesso in cui le parti si promettono l'uso del fondo e il fitto o la pigione, la cosa è locata, cioè il diritto del conduttore su di essa è acquistato, e il diritto al fitto o alla pigione è acquistato dal locatore, anche se il fondo non viene subito consegnato. Ma nel mutuo oneroso, scambiate le promesse di dare una data cosa a mutuo, e di pagare in ricambio un dato interesse, nessun diritto ha il mutuatario sulla cosa mutuata, e nessun diritto il mutuante all'interesse. Occorre che la consegna della cosa sia avvenuta, perchè quei due diritti esistano. Dunque il mutuo oneroso non è contratto consensuale bilaterale.

Ai contratti bilaterali si contrappongono gli unilaterali; quei contratti cioè, nei quali " una o più persone si obbligano verso

una o più persone senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione „ (art. 1100). E i contratti unilaterali altri sono consensuali, altri no; altri cioè, ingenerano diritto od obbligo in una delle parti contraenti per il solo fatto che la promessa, od offerta dell'una viene accettata dall'altra. Tali, p. es., la remissione del debito e il mandato. Altri invece ingenerano diritto od obbligo in una delle parti contraenti, non già per il solo fatto che la promessa od offerta dell'una viene accettata dall'altra, ma per il fatto che alla promessa od offerta accettata tiene dietro la materiale consegna d'una cosa. E sono appunto contratti unilaterali aventi per oggetto, ed anzi, per punto di partenza, la effettiva prestazione di una cosa. I primi sono contratti unilaterali consensuali, e i secondi sono contratti unilaterali reali, cosidetti sia per l'oggetto loro, sia per il modo in cui si perfezionano. I contratti consensuali, siano bilaterali, siano unilaterali, si dicono perfezionarsi col solo consenso delle parti, appunto perchè in virtù e dal momento di questo consenso producono i loro effetti; e i secondi si dicono perfezionarsi colla tradizione di una cosa, posteriore a previo consenso, appunto perchè soltanto in virtù e dal momento della tradizione della cosa che ne forma l'oggetto, producono i loro effetti.

Che il mutuo, sia contratto non consensuale, ma reale, apparisce dalla stessa definizione che ne dà il Codice civile all'articolo 1837: “ è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una data cosa ecc. „. Ed è reale tanto se gratuito, quanto oneroso, non è dubbio, perchè nella suddetta definizione codesta distinzione non si fa.

Che il mutuo gratuito sia contratto reale unilaterale, non è dubbio in virtù dell'art. 1100, il quale dice è contratto unilaterale quello per cui “ una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione „.

Ma che il mutuo oneroso sia pure contratto unilaterale, sembra che l'art. 1100 lo escluda. Imperocchè sembra sulle prime che l'obbligo del mutuatario di pagare l'interesse sia il corrispettivo dell'obbligo del mutuante di dargli la cosa. È codesta però una fallace apparenza.

Chi è l'obbligato nel mutuo oneroso? Il mutuatario, questi solo. E quando codesto obbligo comincia in lui? Dopo e soltanto che il mutuante ha consegnato al mutuatario la cosa mutuata. Prima di

questo momento, quand'anche egli abbia promesso il mutuato, egli non ha nessun obbligo civile, poichè non può il giudice obbligarlo a mutuarsi; soltanto in certi casi lo potrà condannare al risarcimento verso l'altro contraente, ove spontaneamente egli non adempia la data promessa di mutuo. È solo obbligato il mutuatario anche nel mutuo gratuito, dopo che il contratto è stato perfezionato colla consegna della cosa. Egli è obbligato a restituire il *tantumdem*. Nel mutuo oneroso a codesto obbligo si aggiunge quello dell'interesse.

Non vale l'obbietto della Cassazione di Roma che anche il mutuante, sia gratuitamente, sia onerosamente, contrae pure un obbligo dal canto suo, quello cioè di non ripetere la cosa mutuata, finchè le condizioni del contratto vengano rispettate dal mutuatario. Imperocchè anzichè di tale obbligo del mutuante egli è più proprio il parlare di diritto del mutuatario di ritenere la cosa mutuata per tutto il tempo pattuito, fintantochè egli rispetti le condizioni per avventura apposte al contratto. E neppure l'eventuale obbligo del mutuante, a interesse o gratuitamente, di rispondere al mutuatario dei danni recati a questo dai vizi della cosa (art. 1824), toglie al mutuo, oneroso in particolare, il carattere di contratto unilaterale. Se alle conseguenze meramente eventuali del contratto si ponga mente, per distinguere i contratti, vien meno addirittura la distinzione fra contratti bilaterali e contratti unilaterali.

Vano del pari sarebbe l'obbiettare alla tesi da me propugnata, che i contratti unilaterali, siano essi consensuali o reali, sono sempre per loro natura gratuiti. Gratuita asserzione è codesta, una volta ammesso che il mutuo oneroso è unilaterale. Il Codice civile italiano non presta nessun appoggio a tesi siffatta. Dice bensì l'art. 1101: " è a titolo oneroso quel contratto, nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio; a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente "; l'equivalenza dell'altrui prestazione qualifica bensì di oneroso un contratto, onde certamente il mutuo a interesse è contratto oneroso, essendo l'interesse l'equivalente del vantaggio recato al mutuatario, ma non decide della bilateralità o unilateralità del contratto; ne decide invece, come sopra ho dimostrato, il potersi o no le equivalenti obbligazioni reputar provenienti da un anteriore accordo fra le parti, la qual cosa non accade nei con-

tratti reali, nè quindi, in particolare nel mutuo oneroso. Di regola i contratti unilaterali, consensuali o reali, sono gratuiti. Ed anzi la sola eccezione a codesta regola offre appunto, a mio avviso, il mutuo oneroso feneratizio.

Dalle fin qui esposte considerazioni la conclusione è evidente. Poichè il mutuo feneratizio è contratto unilaterale, oneroso, non è possibile che in esso ammettasi la clausola risolutiva tacita, che ad esso cioè si applichi l'articolo 1165 del Codice civile. La quale applicazione appunto, se sia possibile o no, è la conclusione pratica della quistione in discorso.

Tali sono gli obbietti che io oppongo alla tesi della bilateralità del mutuo oneroso, ed alla conseguente applicabilità dell'art. 1165 al medesimo; tali sono le ragioni che a mio credere militano in pro della tesi contraria. Certamente la tesi mia non si appoggia ad altro che alla parola della legge; questa parola rettamente interpretata, prevale e trionfa questa volta, come tante altre, sulla equità e sull'astratta ragione, ma è circostanza codesta che basti a giustificare una ostinata resistenza alla legge scritta, e il forzarne e contorcerne l'interpretazione? Il *dura lex sed tamen lex* è, lo ripeto, in fin dei conti, il fondamento della tesi da me propugnata, in opposizione a quella della Cassazione di Roma nella citata sentenza 11 settembre 1895.

Non voglio lasciare questo tema senza profittare dell'occasione che esso mi porge di aggiungere qualcosa intorno allo istituto dei contratti reali.

C'è chi nega l'esistenza dei contratti reali nel diritto odierno, e questa negazione ritiene un postulato della ragione. scevra dal formalismo romano. E ciò per due ragioni: la prima, che gli sembra irragionevole separare nel contratto reale le intelligenze anteriori alla consegna della cosa, dal fatto di questa consegna; la seconda, che la realità trae seco l'unilateralità, la quale osta all'applicazione della clausola risolutiva tacita anche a tali contratti.

Come ho già detto, il secondo argomento non mi par che valga, perchè, essendo l'unilateralità del contratto reale compatibile coll'onerosità sua, non è punto per sè medesimo un ostacolo alla risoluzione per inadempimento, sicchè il legislatore avrebbe potuto e potrebbe benissimo conciliare in proposito il voto dell'equità e della ragione coll'essere proprio del contratto reale, disponendo che anche i contratti reali onerosi vadano sottoposti a

tale risoluzione, cioè che questa si applichi a tutti quanti i contratti onerosi, compresi i reali.

Il primo argomento è per me un errore, cioè disconoscimento del diverso effetto giuridico immediato che ha la promessa di dare, secondo che questa abbia l'oggetto dei contratti che si dicono consensuali, oppure quello dei contratti che si dicono reali. Dice rettamente il WINDSCHEID (*Lhr. d. Pand.*, 7ª ed., vol. 2, pag. 176) che, quantunque in diritto odierno ogni dichiarato accordo delle parti generi un diritto di credito, tuttavia si dànno anche oggi contratti nei quali le parti vogliono fondare un'obbligazione soltanto col dare e col ricevere.

Tutti quanti i contratti si pongono in essere allo scopo e coll'intendimento che in virtù di essi entrambi i contraenti, oppure l'uno o l'altro di questi, ne ritraggano un utile effetto. Ma questo effetto non può essere immediato, se non quando l'oggetto dell'obbligo contrattuale per la natura sua lo consenta. Siccome ogni e qualunque diritto patrimoniale consiste in una signoria, o facoltà di disporre, sia di cose materiali, sia di atti patrimoniali di una persona, occorre che l'oggetto della promessa e del contratto sia tale, che una qualche facoltà di disporre, di quelle specie, si possa reputar subito acquistata in virtù del contratto. Or codesta ipotesi appunto si verifica soltanto nei contratti consensuali, bilaterali e unilaterali.

Imperocchè in questi contratti, quando pure essi abbiano per oggetto una cosa, come p. es. nella compra-vendita e nella locazione, il diritto sulla cosa si acquista subito, benchè essa non sia stata ancora consegnata. Onde, p. es., il venditore può rivendere la merce, e il conduttore può sublocare la cosa, che è ancora nelle mani del venditore o del locatore. Il mutuatario invece, il comodante, il depositario, il pignoratario, non possono accampare nessun diritto, e nessuna disposizione intraprendere sulla cosa mutuata, comodata, ecc., fintantochè questa non è nelle loro mani. Onde il *do*, senza dare, ha un utile immediato effetto nei contratti che si perfezionano col solo consenso, non ne ha invece, nessuno, è parola vana nei contratti che si perfezionano colla consegna della cosa, perciò appunto si dicono reali. Nei primi la promessa, verbale o scritta, basta sola, perchè l'accettazione generi il diritto, effetto del contratto; nei secondi ciò non può accadere, se non perchè alla promessa si aggiunga la consegna della cosa, e la promessa incorporisi e immedesimisi con questa consegna.

Il contratto reale esiste adunque veramente nel nostro diritto civile, ed è una figura giuridica rispondente appieno a ragione, giustificata dalla considerazione del suo proprio oggetto ed effetto, in relazione alla dottrina del contratto generale. Azione esso non partorisce prima della prestazione della cosa, nella qual prestazione consiste la perfezione sua. Azione, dico, a conseguire l'oggetto proprio del contratto; chè se il contratto reale, non perfezionato colla consegna della cosa, la promessa, per es., del mutuo, possa mai partorire un'azione, questa non può essere, come ho già detto, che azione di risarcimento del danno per avventura recato col non adempimento della promessa (1). E il contratto reale è unilaterale sempre di sua natura, sia esso gratuito, o sia oneroso, cioè mutuo feneratizio, con questa sola differenza fra i due casi, che nel primo l'obbligazione posteriore alla consegna della cosa è soltanto di restituire, nel secondo essa è altresì di pagare gli interessi.

(1) Questo punto ha ancor bisogno di esser studiato. Il Giorgi (*Obbl.*, 1ª ed., vol. III, n. 147) sembra proclive ad ammettere l'efficacia giuridica della promessa di contratto reale, ma confondendo insieme questa promessa con quella di un contratto bilaterale.

Risarcibilità dei danni morali.

Sul tema della risarcibilità dei danni morali abbiamo una ricca giurisprudenza in Italia e in Francia. E questa giurisprudenza è prevalentemente favorevole a quel risarcimento. Le premesse però, ond'essa si parte, non sono ben determinate, di che è conseguenza una crescente indulgenza, che non di rado mal si concilia colla serietà della giustizia. Parmi quindi opportuna l'accurata e completa disamina di quella dottrina, allo scopo di chiaramente definire se ed in quali casi in diritto civile possa ammettersi danno morale, nettamente distinto da danno patrimoniale, danno cioè che, pur essendo morale, possa formare oggetto di risarcimento pecuniario.

Anzitutto è necessario por mente alle varie specie di *danno morale*, che nella giurisprudenza distinguonsi.

La espressione *danno morale* può intendersi in due modi, l'uno stretto e proprio, l'altro lato ed improprio. In senso stretto e proprio, danno morale è un danno che non cade su nessuna material cosa appartenente al danneggiato, che non si avverte quindi cogli esterni sensi, ma che soltanto internamente è sentito, sia che esso consista in una diminuzione di pregi non materiali, sia che consista nell'impedito acquisto di beni e pregi di indole morale, sia che consista nella offesa di interni e naturali e leciti affetti dell'animo. sona. è, per es., danno morale la scemata riputazione di una per- Onde la mancata educazione paterna a figli cui fu tolto il padre, un patema d'animo o afflizione procacciato ad una persona in di lei confronto, o d'altri, in modo illecito e contrario al diritto. In senso lato ed improprio è danno morale ogni danno ingiustamente recato

ad altrui, che non tocchi e diminuisca il suo patrimonio. E quindi è danno morale in questo senso non soltanto quello ed inteso nello stretto senso indicato dianzi, ma eziandio quello che colpisce quelle altre materiali cose, appartenenti all'individuo, oltre ai beni patrimoniali, che sono l'integrità corporale, e la fisica salute. Le ferite, le percosse, la uccisione, sono danni morali anch'essi, perchè non patrimoniali, prescindendo dalle conseguenze patrimoniali e dalle afflizioni o patemi morali che pur ne possono provenire, sia nella persona stessa che fu lesa nel corpo, sia in altre persone che attengono a quella. La distinzione suddetta non è stata fatta dai molti scrittori e giudicati in materia di danno morale, e si vedrà in sèguito come principal causa degli errori, in cui quelli sono caduti, sia appunto il non aver essi dominato con chiara veduta tutto il campo dell'applicazioni della loro tesi.

Dei due detti significati della espressione *danno morale*, il secondo è certamente quello da preferire nella discussione della risarcibilità di questo danno. Imperocchè il vero e proprio significato della parola *danno*, in diritto civile, è quello di danno patrimoniale, epperò al danno in senso civile si contrappone non soltanto il danno morale in senso stretto e proprio, ma quello altresì che cade su ogni bene materiale, benchè non patrimoniale, e se la espressione *danno morale* può intendersi in modo da designare ogni specie di danno non patrimoniale, è questo il senso che le si deve attribuire nel discutere se in generale altri danni, oltre ai patrimoniali, nel gius civile si possono ammettere, cioè reputare risarcibili.

E quindi sono *danni morali*, oggetto di discussione, i seguenti: I) offese al corpo, le quali *a*) soltanto fisico dolore producono, e malattia, più o meno lunga, oppure *b*) oltre al fisico dolore, e alla malattia, cagionano mutilazioni, deformazioni, guasto irreparabile dell'organismo e della salute fisica; II) offese del decoro fisico-morale di una persona, come per es., uno schiaffo, una manomissione di donna altrui, che ne offenda più o meno gravemente la pudicizia, una violazione e diminuzione dell'altrui libertà personale, senza offesa del corpo, nè al decoro; III) tolti o scemati vantaggi morali, che una persona aveva diritto di aspettarsi da un'altra, in virtù di un'offesa corporea, o anche di un danno patrimoniale recato a quest'ultima, come per es., l'uccisione, o la distrutta salute, o il rovinato patrimonio dei genitori; IV) afflizioni morali o

patemi d'animo, cagionati per ogni guisa di offese o alla diretta vittima di queste, o ad altre persone, attinenti ad essa, come per es., il patema d'animo di chi temette per molto tempo di non potere più ricuperare la salute, o quello di un figlio, di un padre, di una madre, per il male fatto ai genitori od ai figli.

Per tutte queste specie di *danni morali*, cioè non patrimoniali, si trovano nella giurisprudenza italiana, francese e belgica giudicati che ammettono il risarcimento. Per es.: *ad.* I: la Corte di Catania, il 22 marzo 1877 (*Giur. it.*, 1877, I, 2, 367), condannò l'autore di percosse a risarcire, oltre al danno materiale, anche il morale, cioè il patimento fisico, e anche la Corte d'Appello di Torino, il 4 giugno 1880 (*Foro ital.*, Rep. 1880, voce *Danni penali*, n. 23), condannò un feritore a risarcire, oltre al danno materiale, il danno morale patimento fisico; — *ad.* II; la Corte di Casale, il 21 maggio 1872 (*Annali di giur.*, 1872, 2, 270), condannò al risarcimento l'autore di atti impudici sulla persona di due fanciulle non ancora dodicenni; la Corte di Catania, il 9 settembre 1894 (*Giurisp. it.*, 1874, I, 2, 753), condannò a risarcimento l'autore di un libello famoso, con cui aveva scemato l'altrui onore e riputazione; lo stesso la Corte d'Appello di Torino, il 10 aprile 1880 (*Foro it.*, loc. cit., n. 17), e la Corte di Messina, il 12 aprile 1882 (*Ivi*, 1882, II, n. 2) e la Corte di Ancona, il 26 marzo 1883 (*Legge*, XI, I, 648): la Cassazione di Roma, il 9 aprile 1883 (*Foro it.*, 1883, I, 593), condannò pure a risarcimento per danno recato al buon nome altrui con infondata lite per simulazione e frode; — *ad.* III: la Corte d'Appello di Aix, il 6 maggio 1872 (Dalloz, *Rép.*, 1873, 2, 57), condannò a risarcimento del danno morale-mancata influenza salutare del padre di famiglia, ucciso in un disastro ferroviario; — *ad.* IV: la Cass. di Torino, 28 giugno 1881 (*Giur.*, 1885, 323), condannò a risarcimento dello spavento e del patema d'animo cagionato dal morso di un cane; la Cass. di Firenze, il 28 marzo 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 907), condannò a risarcimento dello *strazio dell'animo* prodotto alla madre e dai fratelli periti in un disastro ferroviario; lo stesso la Corte d'Appello di Firenze, in una sentenza 17 dicembre 1887 (*Ivi*, 1888, I, 40), confermata dalla precedente; e ambedue le Corti dichiararono spettare il detto risarcimento alla madre e ai fratelli *jure proprio*, indipendentemente affatto dal diritto a risarcimento del danno patrimoniale; la Corte di Bologna, 5 marzo 1869 (*Annali di Giur. it.*, 169, 2, 249), condannò un il-

lecito costruttore sul fondo altrui a risarcire il danno della cessata compiacenza morale del soggiorno nell'edifizio deturpato; la Corte di Trani, il 25 marzo 1896 (*Riv. giur.* di Trani, 1896, 1595), ammise risarcimento delle ansie provate in sèguito a calunnie; la Corte di Genova, 15 novembre 1895 (*Giur. it.*, 1896, 2, 570), dichiarò spettare ad una madre risarcimento delle " patite sofferenze „ (morali) per la morte di un figlio in un infortunio industriale; la Corte di Brescia, il 19 maggio 1890 (*Foro it.*, 1890, I, 1024), condannò una moglie adultera a risarcire il marito del danno morale " di trovarsi solo in famiglia e senza possibilità di ricostituirla „; la Corte d'Appello di Palermo, 16 marzo 1903 (*Foro it.*, 1903, 943), condannò una moglie adultera a risarcire il marito del danno morale causatogli coll'adulterio. — Altri giudicati italiani favorevoli al risarcimento dei danni morali sono i seguenti: Cass. di Napoli, 15 agosto 1903 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 1166), e 19 luglio 1907 (*Mon. Trib.*, 1907, p. 87), e 17 dicembre 1908 (*Giur. it.*, 1909, I, 1, 624); Cass. Firenze, 27 febbraio 1905 (*Mon. Trib.*, 1906, p. 462); Cass. di Napoli, 17 dicembre 1908 (*Giur. it.*, 1909, I, 1, 624), e 19 luglio 1907 (*Mon. Trib.*, 1907, p. 87); Cass. di Torino, 23 gennaio 1909 (*Giur. it.*, 1909, I, 1, 4941); Corte di Trani, 3 febbraio 1905 (*Mon. Trib.*, 1905, p. 536); Corte d'Appello di Torino, 7 lùglio 1905 (*Ib.*, 1906, p. 16); Corte d'Appello di Firenze, 13 settembre 1905 (*Ib.*, 1906, p. 36); Corte di Bologna, 19 febbraio 1907 (*Giur. it.*, I, 2, 137); Corte di Milano, 12 febbraio 1897 (*Foro it.*, 1897, voce *Responsab. civ.*, n. 164); Corte d'appello di Palermo, 7 giugno 1897 (*Ib.*, 1897, voce *Danni penali*, n. 42), e 1 aprile 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, p. 873); Corte di Catania, 9 marzo 1900 (*Foro it.*, Rep. voce n. 164); Corte di Milano, 2 febbraio 1897 (*Mon. d. Trib.*, 1897, 288) e la Corte di Venezia il 13 aprile 1897), *Temi Veneta*, 1897, 331). Contrarie sentenze al risarcimento in discorso sono ben poche: Corte di Bologna, 15 ottobre 1897 (*Foro it.*, Rep. 1897, voce *Respons. civ.*, n. 200); Corte di Venezia, 15 febbraio 1898 (*Ib.*, 1898, voce *Danni civili*, n. 6-9); Corte d'appello di Firenze, 7 luglio 1908 (*Ib.*, 1908, 1522). Non pochi giudicati forestieri si possono addurre consimili agli italiani favorevoli al risarcimento di danni morali, nettamente distinti dai patrimoniali. Così, p. es., la Corte d'App. di Bruxelles, il 24 giugno 1882 (ap. Beltjens, *Encyclop. du droit civil belge*, III, pag. 32), condannò a risarcire una madre pel dispiacere cagiona-

tole coll'uccisione, per imprudenza, di un suo bambino. Consimili sentenze francesi e belgiche sono, p. es.: Montpellier, 3 aprile 1855 (Dalloz, *Rép.*, 1856, 2, 141); Cassazione di Parigi, 16 agosto 1860 (*Ivi*, 1860, I, 493); Bourges, 23 gennaio 1867 (*Ivi*, 1867, 2, 197); Bruxelles, 17 marzo 1881 (*Pasicrisie Belge*, 1881, I, 163) e 26 luglio 1852 (*Ivi*, 1852, I, 461); Tribunale di Bruxelles, 23 aprile 1883 (*Ivi*, 1883, 3, 117), e 24 dicembre 1887 (*Ivi*, 1888, 3, 23).

Non sono da reputarsi favorevoli nè al generale concetto del danno morale, nè alla risarcibilità di questo, i giudicati, spesse volte citati da tal punto di vista, intorno al risarcimento di offese all'onore, che traggono seco indirettamente danno patrimoniale. Tali sono specialmente: *a*) giudicati che condannano a risarcimento i promotori di infondate dichiarazioni di fallimento, revocate poi, colla contemporanea dichiarazione del dolo e della colpa di quelli; *b*) giudicati che condannano a risarcimento i seduttori di donne, sotto promessa di matrimonio, o altrimenti con frode.

Non sono pochi davvero i giudicati dell'una e dell'altra specie. Veggasi, per es.: *ad a*) Corte di Milano, 19 agosto 1873 (*Ann. di giur.*, 1873, II, 171) e 5 aprile 1892 (*Foro ital.*, 1892, I, 831); Corte di Appello di Napoli, 28 ottobre 1870 (*Giur. ital.*, 1871, II, 693); Corte d'Appello di Roma, 24 maggio 1881 (*Foro ital.*, Rep. 1881, voce *Fallimento*, n. 109); Cassazione di Torino, 17 luglio 1885 (*Ivi*, 1885, I, 873), 1° maggio 1883 (*Ivi*, 1883, Rep. voce *Fallimento*, n. 391), 9 settembre 1882 (*Ivi*, 1882, Rep. d. v., nn. 130, 131), 30 settembre 1881, (*Ivi*, 1881, Rep. voce *Respons. civ.*, n. 20), 19 marzo 1879 (*Ivi*, 1879, Rep. d. v., n. 16); Corte di Casale, 21 marzo 1884 (*Ivi*, 1884, Rep. d. v., nn. 108, 110); Cassazione di Palermo, 27 luglio 1893 (*Ivi*, 1893, I, 1234) — *ad b*) Corte di Genova, 31 marzo 1891 (*Ivi*, 1891, I, 885); Cassazione di Torino, 11 ottobre, 1887 (*Ivi*, 1887, I, 1136); Corte di Brescia, 12 gennaio 1885 (*Ivi*, Rep. 1885, voce *Danni*, n. 42), e 4 maggio 1886 (*Ivi*, Rep. 1886, d. v., nn. 28, 29); Corte di Milano, 28 luglio 1885 (*Ivi*, Rep. 1888, d. v., n. 28); Corte di Genova, 5 ottobre 1887 (*Ivi*, Rep. 1887, voce *Responsabilità civ.*, n. 16); Corte di Bologna, 18 dicembre 1892 (*Ivi*, Rep. 1893, d. v., n. 31); Cassazione di Roma, 6 marzo 1893 (*Ivi*, 1893, I, 350); Corte di Bordeaux, 23 novembre 1852 (Dalloz, *Rép.*, voce *Responsabilité*, n. 160). Or tutti questi giudicati non concernono propriamente la questione dell'esistenza e della risarcibilità del danno morale, perchè non è propria-

mente danno morale quello che si risarcisce in tutti i relativi casi. Il negoziante, di cui colposamente e infondatamente si provoca dichiarazione di fallimento, non viene soltanto offeso nel suo buon nome mercantile, ma viene positivamente danneggiato, e, magari, anche rovinato nei suoi interessi mercantili; e la donna sedotta con frode, non viene soltanto offesa nel decoro suo personale, ma viene altresì costituita nella quasi impossibilità di un conveniente collocamento, il che è pure grave danno patrimoniale. Il danno morale, che sulle prime sembra titolo dell'azione e oggetto del risarcimento nei detti casi, non è in realtà che rappresentativo di un danno patrimoniale. Sono casi e giudicati gli anzidetti, nei quali non direttamente si ha di mira un danno morale, ma indirettamente un danno patrimoniale. Ed ora è risaputo che il danno patrimoniale, cagionato con una azione illecita, non è soltanto quello che *direttamente*, ma anche quello che *indirettamente*, purchè necessariamente, da quell'azione proviene. Perchè i suaccennati giudicati potessero addursi come favorevoli alla tesi della risarcibilità del danno morale, occorrerebbe per lo meno che in essi venisse il risarcimento dichiarato comporsi di due parti, l'uno rispondente al vero e proprio e diretto danno morale dell'offeso buon nome, o dell'offeso decoro personale, l'altra rispondente all'indiretto danno patrimoniale, della qual distinzione non vi ha traccia.

Neppure è da confondersi il risarcimento del *danno morale* in senso civilistico, cioè quale vero equivalente pecuniario, colla riparazione pecuniaria penale di quel danno. La legislazione penale, in Italia, come in tutti gli altri paesi, infligge in certi casi una riparazione pecuniaria all'offeso, e sono appunto casi di danno morale. L'articolo 38 del vigente Codice penale statuisce che: " oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'*onore della persona o della famiglia*, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa una somma determinata a titolo di riparazione ". Codesta riparazione pecuniaria di un reato producente danno morale, è bensì affatto diversa dalla multa o pena pecuniaria, ma non è neppure a confondersi col vero e proprio risarcimento. Essa è una vera pena in diritto italiano, come lo era nel Diritto Romano, e non è quindi maggiormente possibile in quello, che non lo fosse in questo, dalla riparazione penale pecuniaria dell'offesa, neppure in quei soli casi, in cui il diritto italiano l'ammette, desumere il concetto di un danno

morale risarcibile, da trasportare poi nel campo del gius civile. Nè osta la circostanza che l'art. 38 esige la domanda della parte offesa affinchè la riparazione pecuniaria possa essere accordata; ciò si spiega abbastanza al riflettere che quella riparazione viene incassata dal danneggiato. E, perchè di natura penale, la riparazione in discorso non può essere domandata che in sede penale, e non può essere inflitta che dal giudice penale, mentrechè il danno morale, se, ed in quanto repetibile sia, può indifferentemente farsi valere in sede penale e in sede civile. E in realtà è ben difficile che la colpa extracontrattuale non dia occasione a procedimento penale, sia d'ufficio, sia ad istanza di parte. In ogni procedimento penale il danneggiato può costituirsi parte civile, ma egli può anche non farlo, e in tal caso non può agire per il danno che in sede civile (art. 573 Cod. proc. penale). Ma anche se il giudice penale sia stato richiesto di condanna per risarcimento del danno, può nondimeno rimaner competente a questa pronunzia il giudice civile, se il giudice penale abbia dichiarato non farsi luogo a procedimento per semplice mancanza di prove (art. 6 Cod. proc. pen.), o se il querelante, desistendo dalla querela, riservisi espressamente l'azione civile (art. 118 ib.), o se l'azione penale pubblica sia stata resa impossibile da amnistia (v. Cassazione Firenze, 15 luglio 1895, *Temi veneta*, 1895, 497; Appello Genova, 8 dicembre 1895, *Temi genovese*, 1896, 89). Non si possono quindi annoverare, come taluni fanno, fra i giudicati favorevoli alla refettibilità del danno morale, quelli pronunciati in sede penale, applicando il disposto del Codice penale intorno alla riparazione pecuniaria di certe offese; tali, per es., Corte d'appello di Firenze, 7 febbraio 1873 (*Annali di giur.*, 1873, 2, 137; Corte di Perugia, 4 giugno 1877 (*Legge*, 1877, I, 859); Corte di Catania, 9 settembre 1874 (*Giur. ital.*, 1874, I, 2, 753); Corte di Messina, 12 aprile 1882 (*Foro it.*, 1882, I, 648); Cassazione di Parigi 9 dicembre 1834 (Dalloz, *Rép.*, voce *Responsabilité*, n. 236): Corte di Rouen, 27 maggio 1844 (*Ivi*, n. 256). Vero è bensì che la Cassazione di Roma, in due sentenze 14 febbraio 1902 (*Foro it.*, 1902, I, 481), e 17 luglio 1908 (*Ib.*, 1908, I, 494), affermò il carattere civile della riparazione pecuniaria imposta dall'art. 38 Cod. pen., pur dichiarando che competente a infliggerla è solo il giudice penale. Ma più rettamente, a mio avviso, la Cassazione di Napoli, in una sua sentenza 18 gennaio 1900 (*Ib.*, Rep. 1900, voce *Danni penali*), dichiarò che " la riparazione

preveduta nell'art. 38 Cod. pen. non può confondersi col risarcimento del danno morale „.

Posto in chiaro il concetto delle varie specie di danno morale, e dei caratteri proprii e distintivi di questo danno, egli è ancora necessario premettere alla discussione intorno all'ammissibilità di un tale danno e del suo risarcimento, la esposizione dello svolgimento storico di questo concetto, e quella dello stato attuale della scienza e della legislazione in Italia e fuori rispetto al medesimo.

Certamente nel diritto romano non vi ha nè traccia nè germe del concetto che i così detti danni morali si possono risarcire; non ha infatti che vedere con tal concetto la riparazione a danaro, ammessa in diritto romano come oggetto dell'*actio injuriarum*, e delle altre azioni *vindictam spirantes*. L'*injuria*, espressione di lato senso, si applicava in particolare anche ad offese morali, ma l'azione che ne conseguitava a riparazione pecuniaria, era per natura sua penale, sia che nelle ordinarie forme venisse esercitata, sia che mediante *extra-ordinaria cognitio* (l. 10, I, *de inj.*), in vista del danno cioè, o in vista della *contumelia* (l. 45, 46, D. *de inj.*). E la pena pecuniaria dell'*injuria* non poteva essere domandata che dall'offeso; agli eredi non passava, nè dell'offensore, nè dell'offeso.

Nè soltanto il sentimento giuridico romano era del tutto alieno dal concetto di vera e propria, direbbesi oggi civilistica, equivalenza fra danaro e cosa non materiale o patrimoniale, quale è appunto un danno morale, ma rispetto ad una specie di danno morale, cioè alle lesioni corporali, alle cicatrici e deturpazioni corporee, il gius romano contiene dichiarazioni esplicite e solenni di negazione che risarcire si possa con danaro. Leggesi nella l. 7, in f., D. *de his qui effud.: cicatricum autem aut deformitatis nulla fit ostinatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.* Notisi il motivo *tutto morale* per cui il giure romano nega il risarcimento di quella specie di *danno morale*, e quindi anche in tutte le altre; si vede che pei Romani questo risarcimento, che a molti moderni sembra tanto ovvio, era invece una razionale, e quindi giuridica impossibilità. E, a ciò riflettendo, si possono al certo anticipatamente dire sofistici e disperati tutti i tentativi che si facciano per ricollegare col diritto romano il risarcimento del cosidetto *danno morale*, racimolando e forzando alcuni passi isolati delle *Pandette*. Vi ha bensì in queste qualche esempio di azione spettante ad altri che

al danneggiato nel corpo suo, ma è sempre azione penale, e colla qualità di *popolare*. Tale, p. es., l'*actio de effusis et dejectis*. Questa poteva essere fatta valere anche da chi *affinitate cognationere defuntum contingit*, ma perchè tale soltanto, non già perchè erede, e perchè l'azione, oltre ad essere penale, è anche popolare. Dice anzi il testo: *quod in corpore libero danni datur, jure hereditario transire ad successores non debet* (l. 5, § 5, D. *eod.*). — Consuona col fin qui detto la conclusione del bellissimo studio di Antonio Marchi: *Il risarcimento del danno morale secondo il Diritto Romano* (Roma, 1904). " Dove, dice il Marchi, il danaro adempie una funzione satisfattoria, dove si tien conto di danni non patrimoniali, si tratta di rimedi d'indole penale, eccedenti i limiti di semplici rapporti privati ".

Il paese in cui si venne formando e invalse, e da cui fu comunicata ad altri la dottrina civilistica del risarcimento del danno morale, è la Germania. E propriamente a gradi si venne la dottrina del danno in tal senso allargando, ma senza che mai vi raggiungesse quella pienezza che vorrebbesi oggi da alcuni giuristi, specialmente nostrali, e che in sè abbraccia tutte quante le specie di danno morale, distinte ed enumerate sopra.

Nel gius comune tedesco le offese nel corpo e nell'onore sono oggetto di risarcimento pecuniario, distinto dalla pena. La relativa azione viene considerata *utilis actio legis aquiliae*, e il risarcimento a cui essa tende chiamasi *schmerzensgeld* (danaro o prezzo del dolore). La giurisprudenza tedesca annovera in tal senso molti giudicati delle Corti di Appello di Oldemburgo, Monaco, Cassel, Celle, Jena, Rostock (v. Windscheid, *Pand.*, vol. II, p. 646, nota 30). Taluni giureconsulti però, fra i quali Windscheid (*Ivi*, § 326, nota 11), opinano che, se la legge penale commini una pena pecuniaria per le dette offese *(Busse)*, non si faccia più luogo a *schmerzensgeld*. Nel diritto comune tedesco però il più frequente *danno* morale refettibile sono le lesioni corporali, e lo *schmerzensgeld* intendersi più comunemente compenso del dolore fisico ingiustamente ad altri cagionato. Danno morale in senso di semplice *patema d'animo*, che può tanto conseguitare ad una offesa fisica, quanto ad una morale, e tanto può essere nella vittima diretta dell'offesa, quanto in terze persone, non è mai stato sognato da nessun interprete del gius comune tedesco che potesse essere oggetto dello *schmerzensgeld*.

Dal gius comune lo *schmerzensgeld* per titolo di offese corporali è passato in parecchie leggi positive tedesche, come nel Codice civile sassone (§ 1490), in una legge vürtemberghese del 5 settembre 1839, in una legge badese 6 marzo 1845, nei Progetti di Codice civile assiano e bavarese, e nel Progetto sassone di una legge sulle obbligazioni. Dalla stessa fonte proviene al certo anche il § 1326 del Codice civile austriaco, il quale suona: " se la persona danneggiata è stata dall'offesa resa deforme, si deve, principalmente se essa sia di sesso femminile, aver riguardo a questa circostanza, in quanto può essere impedita nei mezzi di migliorare la sua sorte „. Ma la giurisprudenza austriaca ha sempre negato il diritto al risarcimento per patema d'animo. Per verità lo *schmerzensgeld* nei casi di deturpazione corporea è meno un risarcimento di danno morale, cioè del fisico dolore, che del danno patrimoniale, indirettamente da quella deturpazione cagionato, onde le dette leggi tedesche male si citerebbero a favore della dottrina del danno morale in senso proprio, nonchè nella estensione voluta darle oggi da alcuni giuristi. Vi hanno però anche leggi tedesche moderne, le quali nettamente distinguono lo *schmerzensgeld* dal risarcimento delle spese di cura, e del danno cagionato dall'incapacità di lavoro e di guadagno; tali il Landrecht prussiano (l. 6, § 112-114), il Codice civile sassone (§§ 490).

Mentre il gius comune tedesco si venne scostando nella guisa dall'insegnamento romano, i più insigni romanisti tedeschi non furono nè sono concordi nel giudizio di siffatta innovazione. L'accettarono infatti Wächter e Arndts (*Pand.*, II ed., p. 611-12), la combatterono Seitz, Puchta e Koeppen; Windscheid la combattè dapprima, e poi finì per accettarla (*l. c.*, pag. 646, n. 81). E non mancarono giudicati germanici, ostili alla dottrina dello *schmerzensgeld*, in nome del diritto romano: così, per esempio, la corte d'appello di Wiesbaden *(ivi)*, invocando appunto la l. 7, D. *qui effud.*

L'impulso, dato in Germania all'allargamento del concetto del danno al di là della cerchia patrimoniale, produsse maggiori effetti nei paesi retti dal *code civil.* Mentre questo nulla affatto dice intorno al cosidetto danno morale, la giurisprudenza di quel Codice, tanto in Francia quanto nel Belgio, lo volle interpretare favorevolmente ad esso. Fu essa inventrice della stessa espressione *danno morale*, ma, come renderò chiaro più sotto, non venne mai

a ben definire i concetti relativi ad essa, e questa indeterminatezza di idee fu, come ho già avvertito, causa di quel continuo allargarsi della dottrina del risarcimento di danni non patrimoniali, senza ben definiti criteri, e quasi inconsapevolmente, per sola virtù della espressione generica *danno morale*, di cui oggi dà spettacolo la giurisprudenza civile, specialmente italiana.

Codesta tendenza della giurisprudenza odierna non poteva rimanere senza effetto sulla legislazione contemporanea. Ciò si è veduto specialmente nella legislazione svizzera.

La legge svizzera sulle obbligazioni del 1879 accorda, in caso di uccisione o di lesione corporale prodotta da dolo o da colpa grave, ai superstiti dell'ucciso, o all'offeso stesso, una somma conveniente *(équitable)*, oltre alla riparazione del danno patrimoniale risentito da queste persone (art. 60). Col che, oltre allo *schmerzensgeld*, si viene ad ammettere, nei detti casi, compenso anche del semplice *patema morale*, e questo si considera e si risarcisce anche in terze persone. Indipendentemente affatto dalla giurisprudenza europea, il diritto anglo-americano ammette risarcimento pecuniario per qualunque lesione del decoro personale altrui, per esempio, baciando una donna altrui (v. Marchesini, *Foro italiano*, 1889, I, 43).

Non devesi però neppure esagerare la vittoria dalla dottrina civilistica del danno morale nella stessa legislazione svizzera. Imperocchè, come ho notato, essa non ammette che di danni morali si parli se non come di effetti di lesioni corporali, della quale limitazione non si accontentano davvero gli apostoli odierni del risarcimento di danni non patrimoniali prodotti con fatti illeciti extracontrattuali.

L'esempio svizzero non fu seguìto dai compilatori del Codice civile germanico. In sostanza, questo Codice rimane fedele al concetto che si è veduto dominante nel gius comune tedesco, che cioè, all'infuori di danni patrimoniali, non consideransi in gius civile per il risarcimento altri danni fuorchè quelli che colpiscono il corpo. Tali sono l'uccisione, ogni altra lesione corporale, e la violata libertà personale. Nei casi di offese di questo genere il Codice distingue nettamente le conseguenze patrimoniali dalle altre. L'offensore deve risarcire anche ai terzi il danno che risentissero pei mancati servizi dell'offeso. Ed anche il danno non patrimoniale deve venir risarcito, ma non agli eredi, all'infuori del caso di avvenuto

accordo, o di azione pendente alla morte dell'offeso (§ 845, 847). Per questi danni non patrimoniali s'intendono certamente anzitutto i dolori fisici, onde questo Codice ha mantenuto il concetto dello *schmerzensgeld*, che appunto, come dissi, principalmente ai dolori fisici si riferiva, ma non ha inteso soltanto codesto. La espressione *danni non patrimoniali* comprende nella generalità sua non soltanto il dolore fisico, ma anche altre sofferenze non patrimoniali. E nei *Motivi* (*Motive zu dem Entw. des bürger. Gesetzb.*, 1888, vol. II, pag. 801), e cioè anche espressamente riconosciuto *(es will nicht einleuchten, wesshalb nur das Erdulden eines körperlichen Schmerzens dürch Zahlung einer Geldsumme auszzugleichen sei)*. Ma quali altre sofferenze o danni non patrimoniali propriamente intende il Codice civile tedesco nei detti casi, oltre al dolore fisico? Nei *Motivi* si parla di lesione di *ideelle Rechte*, *diritti ideali*, ma quali sono questi? Il decoro personale, l'onore, la pudicizia, specialmente in una donna, possono al certo riputarsi tali, ma non di certo la semplice tranquillità o serenità interna dell'animo, onde anche i semplici patemi d'animo, o patemi morali, o afflizioni di spirito, si debbano, in virtù di quel paragrafo, nei detti casi risarcire. Niente ci autorizza a codesta interpretazione, nè la parola della legge, nè i motivi di questa, nè la tradizione giuridica germanica, nè la stessa circostanza che degli *ideelle Rechte* il Codice tien conto soltanto nei casi suddetti. In tal guisa il Codice civile germanico ha bensì fatto un passo in là dell'antico diritto tedesco in materia di risarcimento di danni non patrimoniali, ha ammesso *danni morali risarcibili*, oltre allo *schmerzensgeld*, ma alla dottrina del danno morale dà una estensione senza paragone minore di quella che vi dànno i giuristi francesi, belgici e italiani odierni, e anche di quella che vi dà la legge svizzera sulle obbligazioni del 1879, sia per ciò che riguarda il numero e le specie dei concreti casi da considerare, sia per ciò che riguarda le specie di danno morale, sia per ciò che riguarda le persone aventi diritto a pretendere risarcimento.

Come ho già più volte osservato, la tesi della risarcibilità del danno morale, nella generalità sua, e in quell'ampiezza che ho delineato più sopra, è stata propriamente inventata e adottata dai moderni interpreti del *Code civil* in Francia e nel Belgio e dai seguaci loro, interpreti del Codice civile italiano.

Ma egli è anche a notare che quasi tutti questi giureconsulti

hanno accettato e proclamato quella tesi, non già in sèguito ad accurato studio dell'argomento, e a serie discussioni, ma alla leggera assai, asserendo più che dimostrando, e, propriamente, soltanto sedotti da quella razionalità che a prima giunta accompagna la espressione *danno morale*. Si sono detti: come il male e l'offesa non sono patrimoniali soltanto, ma morali altresì, così al concetto di *danno patrimoniale* si contrappone quello di *danno morale*, e di qui vennero senz'altro alla conclusione che, se è risarcibile il primo, deve esserlo anche il secondo. Veduto poi che in realtà taluni danni che essi a torto battezzavano di *morali*, erano in sostanza patrimoniali, e quindi certamente giusto il risarcire, si confermarono nella verità dell'anzidetta conchiusione, e propriamente conchiusione generale, per ogni e qualunque specie di cosidetti danni morali. Non si diedero essi la briga di indagare se veramente il concetto di *danno morale* avesse valore civilistico come quello di danno patrimoniale, se cioè, oltre ad una razionalità o intelligibilità astratta, il primo concetto avesse anche razionalità concreto-giuridica, e neppure indagarono se, per avventura, quei casi di cosidetto danno morale, la cui risarcibilità è indiscutibile, non fossero per avventura in realtà, se non in apparenza, danni patrimoniali. Una precipitata illazione, e una insindacata riprova, bastarono a quei giureconsulti perchè accettassero e proclamassero la tesi generale della risarcibilità per civile diritto di tutti quanti i cosidetti danni morali, cioè non patrimoniali. E posta una volta questa tesi generale, non ci furono speciali e concreti esempi cui non osassero applicarla, non credendosi in obbligo di neppure mai sospettare che un'applicazione speciale potesse far rivocare in dubbio la tesi generale, che essi eransi appunto assolti di costruire come tale senza previa analisi, estesa e sottile, di tutte le possibili conseguenze pratiche sue.

Il Laurent, p. es. (vol. XX, 395), pone il canone generale che il giudice ha libera facoltà di constatare anche il danno morale, e di tenerne conto, poichè la legge (art. 1382 *Code civil*) parla di danno in generale. Ma subito dopo egli concreta il concetto del danno morale, riferendolo alle offese all'onore e alla riputazione, che costituiscono l'*essence de notre être*. Quantunque, egli dice, non si possa valutare in danaro il danno morale, non è obbiezione codesta, poichè dal non potersi accordare una riparazione esatta, non consegue che non se ne debba accordare nessuna. E dà poi come

esempi di danni morali risarcibili: una infondata contestazione di legittimità a solo scopo di scandalo, la diffamazione di una donna, e, in generale, le diffamazioni per mezzo della stampa, il sospetto di reato fatto nascere a carico di un innocente. In altro luogo (*Ib.*, n. 525 e seguenti) il Laurent approva la già citata sentenza d'Aix, la quale considera danno morale refettibile il danno provato dalla vedova e dai figli di un ucciso in un disastro ferroviario, non solo pel mancato sostentamento, ma altresì per la mancata influenza salutare del padre di famiglia, e pei legami di affetto infranti per sempre; ma soggiunge che non si può pagare la vita di un marito o padre, e che non si deve fare una speculazione sulla loro morte. Non esita invece a trovar giusta la pur citata sentenza di Bourges, che impose al responsabile della mutilazione di un'operaia il risarcimento del danno avuto non solo dalla mutilata, ma anche dalla madre che profittava del lavoro della figlia.

Come si vede, il Laurent non solo non tratta a fondo l'argomento, nè giustifica la generale tesi sua, e neppure dà a divedere di scorgere tutta la orbita delle logiche applicazioni di essa, ma confonde col danno morale vero e proprio, quello che solo in apparenza è tale, ma in realtà è patrimoniale, e anche confonde il risarcimento civile del danno morale colla riparazione pecuniaria penale di esso. Chè anzi egli chiama espressamente *pena* il risarcimento in discorso (*Ib.*, n. 350).

Aubry e Rau (*Cours de droit civil franç.*, IV, § 445) sono ancor meno diffusi di Laurent intorno al tema del danno morale. Essi collegano i due concetti di *torto morale* e *danno morale*, ma il concetto e limiti di questo danno non precisano. Sembra però che essi vadano più in là di Laurent, ravvisando danno morale risarcibile nei semplici patemi di animo, perchè affermano il diritto di risarcimento di una figlia, il cui padre sia stato ucciso, e il cui mantenimento non faceva carico al padre. Insegnano però che il diritto di risarcimento di un *torto morale* non passa agli eredi, se non dopo la contestazione della lite.

Il Larombière (*Théor. et prat. des oblig.*, art. 1382, n. 27) non è più diffuso ed esplicito di Aubry e Rau. Anch'egli fa del *danno morale* un concetto correlativo a quello di *torto morale*, che offende " la libertà, la sicurezza, l'onore, la considerazione, e le legittime affezioni ,, la quale ultima menzione fa comprendere che anch'egli

è favorevole al risarcimento dei *patemi d'animo*, o morali afflizioni.

La giurisprudenza italiana ha seguìto l'esempio della francese, cioè ha fatto propria la tesi generale del risarcimento dei danni morali, senza maggiore riflessione, nè studio di quella. Anche per molti giureconsulti italiani questa tesi non ha bisogno di dimostrazione, si capisce da sè; il che non è per essi, come pei francesi, che un confondere il significato volgare, l'ammissibilità, dirò così, meramente lessica, della frase *danno morale*, col significato e colla ammissibilità giuridica sua. Vero è che quei giureconsulti italiani ebbero un motivo e una scusa di più dei francesi, di commettere quella leggerezza; l'essere questa già stata commessa da altri. Se qualcosa di proprio riscontrasi negli imitatori italiani, è la sincerità e il coraggio con cui essi enumerano e accettano tutte le possibili applicazioni pratiche della tesi in discorso.

Da questo punto di vista nessun giureconsulto, nè francese, nè italiano, può paragonarsi col Giorgi. Non dubiti però questo chiaro giurista che, censurando ora il metodo, più tardi la sostanza della sua dottrina del danno morale, io venga meno alla profonda stima che ho per lui comune con quanti conoscono i suoi scritti.

Per il Giorgi adunque (*Tratt. delle obbl.*, 1ª ediz., vol. V, n. 161 e segg.), " *non è più discutibile* il risarcimento pecuniario dei *danni morali*, già ammesso in Diritto Romano, coll'*actio injuriarum aestimatoria*, e nelle *leggi barbariche*, le quali multavano a danaro tutte quante le offese „ (n. 238). Per lui " la quiete, la bellezza, il credito, l'onore, la libertà, se non è possibile pagare a suon di moneta..... però un criterio approssimativo di valutazione, secondo la stima che gli uomini fanno di certi piaceri e beni morali, si può amtrovare „ (*Ib.*). — Venendo a pratiche applicazioni, il Giorgi ammette non solo che si pretenda il prezzo di affezione di cose fatte perdere per altrui malizia (n. 240), che i superstiti dell'ucciso abbiano diritto a compenso del danno patrimoniale sofferto per questa perdita (n. 241), che si debba compenso pecuniario del danno prodotto da delittuose deformazioni (n. 243), ma altresì che si debbano compensare i *patemi morali* per la perdita di persona amata e della quiete della famiglia (n. 242), i dolori e le angoscie di una cura e di una operazione chirurgica (*Ib.*), le offese contro il buon nome (n. 244), i turbamenti prodotti da minaccie, da violazioni di domicilio, da dolosa turbativa di possesso, da apertura

arbitraria di lettere altrui, ogni contaminazione dell'onore di una donna onesta con atti immorali (n. 245), l'offesa alla libertà personale, sia per opera di privati, sia per abuso di potere di pubblici ufficiali (n. 246).

Come si vede, non c'è nessuna delle categorie di danni morali, distinte più sopra, a cui il Giorgi non faccia buon viso, locchè non si può dire davvero di nessuno dei suoi predecessori. Egli ha oltrepassato di molto il liberalismo della legislazione svizzera del 1879, che già abbiamo veduto non essere poco; imperocchè, mentre questa legge limita il risarcimento dei patemi morali di terze persone ai soli casi di uccisione o di lesione personale, e a beneficio soltanto dei parenti superstiti, il Giorgi invece lo accorderebbe anche nel caso di turbata quiete della famiglia, e non soltanto a benefizio dei parenti, ma anche degli amici. — A quanta distanza poi si trovi il Giorgi dai francesi, apparisce, oltre che dall'aver egli tutte le escogitabili specie di danno morale contemplate ed ammesse a risarcimento, anche e più dalla franca ed estesa accettazione del risarcimento dei *patemi d'animo*, sul quale punto si è veduto che i francesi non sono tutti espliciti, — e dalla non meno esplicita dichiarazione che per titolo di tali patemi gli eredi dell'offeso possano agire in risarcimento, non solo *jure haereditatis*, ma anche *jure proprio*.

Come il Giorgi, pensa anche il Lozzi (*Giurispr. ital.*, 1883, IV, 1229). In una speciale monografia di questo giureconsulto intorno ai danni morali, i concetti non sono più chiari, nè più precisi che negli scritti anteriori sull'argomento; ma che egli pure reputi doversi risarcire ogni e qualunque specie di danno non patrimoniale, non è dubbio. Bensì il Lozzi ha il merito di avvertire l'indole tutta subbiettiva del danno morale, benchè non siasi accorto che essa appunto costituisce una grave difficoltà contro la sua tesi, perchè osta in pari tempo all'accertamento del danno, e alla valutazione di esso. Il Lozzi non si accorge di ciò neppure di fronte a talune singolari applicazioni, che egli stesso fa della sua tesi, come, p. es., quando dice che lo schiaffo da facchino a facchino offende meno che da gentiluomo a gentiluomo; asserzione discutibilissima codesta nella generalità sua, poichè ognuno conosce facchini gentiluomini, e cosidetti gentiluomini che sono facchini; che se anche vera fosse, essa porrebbe in indicibile imbarazzo il giudice, il quale, se in generale non ha criterio positivo per tradurre il decoro personale in

danaro, meno ancora ne ha per tariffare variamente quel decoro, e il corrispondente equivalente pecuniario, da persona a persona.

Dello stesso avviso sono anche il Serafini (*trad. dell'Arndts*, 3ª ediz., vol. 2, p. 367), il Vidari (*Legge*, 1894, 1, 729) e l'avv. G. Scandura Sampolo. Questo egregio giurista ha scritto: *Del risarcimento dei danni morali* (Palermo, 1897) in risposta alla prima edizione di questo mio scritto (nella *Giur. it.*, 1896, 2, p. 569, e seg. i. n.). Di alcune sue critiche terrò conto nella edizione presente.

Non mancano però decisi avversari in Italia della dottrina della civile risarcibilità dei *danni morali*. Tali sono gli avvocati Marchesini e Pedrazzi, il Prof. Cavagnari (*Scuola positiva*, 1893, 982), e il prof. Chironi.

Il Marchesini (*l. c.*) non ammette danno morale risarcibile, che non si traduca in danno materiale, cioè patrimoniale. Le pure affezioni troncate o turbate non ammette che diano materia a risarcimento del patema di animo corrispondente. Se, dic'egli, si ammette il contrario, " vi è pericolo di non saper trovare una giusta misura per la valutazione del danno, discutendo sulla verità e quantità del cordoglio provato dai superstiti ". Che poi il risarcimento del danno morale possa mai essere richiesto da superstiti del danneggiato, sia *jure proprio*, sia come eredi, il Marchesini nega recisamente.

Il Pedrazzi (*Giur. ital.*, 1892, IV, 357), dopo aver posto in chiaro che in Diritto Romano il risarcimento del danno morale non è ammesso, e che l'*actio injuriarum*, per cui stimavasi pecuniariamente la offesa, era un'azione penale, egli sostiene in tesi generale l'impossibilità di quel risarcimento. " Imperocchè, egli dice, come si prova il danno morale? Quanto all'offesa dei sentimenti d'affetto, cioè ai così detti patemi d'animo, come potrà il giudice apprezzarne la sincerità e il grado, e quindi l'entità di ciò che si deve risarcire? Egli argomenterà da sè stesso, e quindi potrà facilmente ingannarsi ". E poi, prosegue il Pedrazzi, come si può trovare equivalenza fra un patema d'animo e una somma di danaro? Tutt'al più anche il Pedrazzi ammette risarcimento di cosidetti danni morali, quando questi racchiudano positivi danni materiali.

Il Chironi (*La colpa contrattuale*, 2ª ediz., Torino 1897, n. 25), esclude propriamente il risarcimento del danno morale in sèguito

a colpa contrattuale, il che è universalmente ammesso, ma il motivo che egli adduce è tale che si applica non meno al danno extracontrattuale. Imperocchè, egli dice: " la estimazione pecuniaria male si adatta a beni costituenti quel che figuratamente si chiama patrimonio morale della persona ".

E la mia polemica contro la dottrina del risarcimento del danno morale è stata pienamente approvata dall'egreg. Dottor Bolaffio (*Temi Veneta,* 1897, 331).

Sceverato il danno morale vero e proprio da quello che è tale soltanto in apparenza, ma in realtà è patrimoniale, definito il concetto del danno morale vero e proprio, e la estensione dell'applicazione pratica sua, studiata la genesi e la evoluzione storica della dottrina del risarcimento civilistico e pecuniario di esso danno, una prima conchiusione io mi credo in diritto di formulare e stabilire.

Per il modo cioè in cui si è venuta formando, confondendo i danni morali proprî cogli improprî, non abbracciando mai con un solo colpo d'occhio tutta la estensione delle conseguenze o applicazioni pratiche a cui conduce, disconoscendo o fraintendendo il Diritto Romano, assumendo come sicura premessa di diritto un mero concetto astratto, un semplice dato lessico, dilatando a più riprese successive il significato di quella premessa, senza mai fare una sintesi di tutte queste singole affermazioni, e considerarla e discuterla per sè medesima, discordando fra loro su punti essenziali i giureconsulti della medesima scuola francese, e più ancora questi giureconsulti e i tedeschi, senza che neppure gli uni tengano conto della opinione degli altri, — la dottrina del danno morale, oggi prevalentissima nella giurisprudenza italiana, non solo si raccomanda ben poco, ma già a prima giunta apparisce tutt'altro che scientifica, e da sospettarsi più avventata che fondata.

Io credo però che la giustificazione scientifica, mancata finora alla dottrina in discorso, neppure si possa dare. Io credo che, sceverato da questa dottrina il vero che propriamente non le appartiene, e che fa parte invece della dottrina del risarcimento del danno patrimoniale, in tutto il rimanente essa non regga alla critica giurisprudenziale, nè nelle premesse sue, nè, meno ancora, nelle sue conseguenze ed applicazioni, e che sia ormai tempo di porne in luce la fallacia e la vanità.

Io ammetto che di offese morali, cioè non patrimoniali, come

uccisioni, ferite, deturpazioni o mutilazioni, malattie procurate, offese all'onore, al decoro, alla pudicizia, ed altre qualunque, le quali traggano seco danno patrimoniale alla vittima o ai superstiti, sia dovuta riparazione pecuniaria, e che i superstiti la possano domandare tanto *jure haereditatis*, quanto *jure proprio*. Ma le *sole* conseguenze patrimoniali di quei danni morali si devono risarcire, e si devono valutare per sè sole, non già mescolate e accresciute colla riparazione dell'offesa morale, per sè medesima considerata.

Non ammetto invece che si possa domandare, come diritto civile, il risarcimento dei veri e proprî danni morali, sia che consistano: *a*) in diminuzione di pregi personali o fisici, come la bellezza, o morali, come la verginità, la pudicizia, la considerazione pubblica, o *b*) in patemi, siano fisici procacciati alla vittima di una lesione corporale dalla malattia più o meno lunga cagionata dalla lesione, siano morali, cioè turbamento, dispiacere, cordoglio, cagionati dall'offesa fisica o morale all'offeso o ad altre persone, o finalmente *c*) nella privazione inflitta all'offeso o ad altre persone, della possibilità di conseguire da sè medesimi, o da altri, certi morali vantaggi, come la cultura, l'educazione; — tutti questi danni, in quanto vengono considerati a parte dai danni patrimoniali provenienti dalla medesima causa, io reputo non potersi stimare a danaro, nè con danaro risarcire.

Io affermo codesto di tutti quanti i succennati danni, nessuno eccettuato. Se rispetto a taluno di essi l'erroneità e gli inconvenienti della dottrina del risarcimento dei danni morali sono più manifesti, per es. rispetto ai semplici *patemi d'animo*, errerebbe tuttavia chi credesse potere salvare almeno in parte la dottrina che io combatto, limitandone corrispondentemente la sfera di applicazione. E veramente, come ho già notato, questa dottrina non ha potuto radicarsi nella giurisprudenza, se non perchè i fautori suoi non ne scorsero mai tutta la pratica efficacia; essi non videro appunto ciò che era idoneo a far avvertire l'erroneità del loro fondamentale concetto; che si possano risarcire altri danni che i patrimoniali. O si tien fermo il contrario concetto, o se lo si abbandona in un caso solo, bisogna fare altrettanto per tutti gli altri, in cui il negativo carattere di cosidetto danno non patrimoniale si riscontri. Dalla lesione corporea al patema d'animo egli è giocoforza percorrere tutta quanta la serie dei cosidetti danni

non patrimoniali, a chi abbandona l'antico dettato giurisprudenziale che a danaro si stimano, e con danaro si possono risarcire soltanto i beni patrimoniali. O tutto, o nulla, in questo caso, come in ogni altro, in cui la questione è di principio, la quale è sempre questione di sì o di no, non già di più o di meno.

Rispetto ai dolori fisici, prodotti da lesioni corporali, e per sè medesimi e soli considerati lesioni corporali, danni morali nel senso più lato di questa espressione, intesa soltanto come negazione di danno patrimoniale, l'impossibilità del risarcimento è oggi ancora quella addotta dai Romani: l'intraducibilità in danaro dei pregi tutti, anche corporei, dell'umana persona: *cicatricum aut deformitatum nulla fit aestimatio... liberum corpus nullam recipit aestimationem* (l. 7, D. *de eff. et dej*). È verità intuitiva codesta, adesso come allora. Se il diritto comune tedesco accolse un altro concetto, e pei danni fisici specialmente accordò lo *schmerzensgeld*, noi italiani siamo in diritto di ravvisare in codesto, come ne conviene lo stesso Giorgi (v. sopra) un avanzo di idee barbariche. E se anche l'odierno Codice civile tedesco tiene fermo quel concetto, non è ravvisare in ciò che la forza della tradizione, e inoltre, come dai *Motivi* di questo Codice si rivela, e già ebbi sopra ad avvertire, la circostanza tutta estrinseca della necessità di concordare il Codice civile col Codice penale, nel quale la pena pecuniaria per le lesioni corporali è considerata da alcuni giuristi tedeschi avere carattere piuttosto risarcitorio, che penale.

Se inestimabile a danaro è il dolore fisico, lo stesso è a dirsi di tutti gli altri danni morali, additati sopra, e che tali si possono dire in senso proprio o stretto. Rispetto a questi altri danni morali, vi ha anzitutto un altro argomento della inammissibilità del loro risarcimento, ed è che moltissime volte non è neppure ammissibile in lingua comune, nonchè giuridica, l'espressione *danno* applicata agli obbietti cui quei danni si riferiscono.

Che si chiami danno, e propriamente danno fisico, una lesione corporale, è ammesso e plausibile: che anche danno si chiami la scemata considerazione sociale di una persona, o l'offesa pudicizia di un fanciullo o di una fanciulla, o la perduta assistenza dei genitori, è plausibile del pari: ma chiamar danno un'offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che sì larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è certamente proprio discorso. Imperocchè dall'idea di danno non è

maggiormente separabile nel comune linguaggio, che in quello giuridico, l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole di ben essere, sia morale, sia materiale; durevole effetto, durevole diminuzione, fintantochè risarcita non sia, se risarcire si può. Ora, le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi d'animo sono fenomeni ed effetti morali più o meno durevoli bensì, ma sempre passeggeri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima. L'espressione quindi *danni morali* è male applicata per lo meno nella metà dei casi, a cui pure si suole applicarla. E se io ho detto più volte sopra che la dottrina, che vado esaminando, ha per mera sua premessa razionale la vaga intelligibilità, l'attendibilità lessica dell'espressione *danno morale,* ora debbo precisar meglio quel giudizio, riducendo in assai minori proporzioni, e affermando che in una grande sua parte quella dottrina non fondasi neppure su cotale premessa. Per molta parte la dottrina del *danno morale,* il discorso di questo danno, ha la sua origine in una improprietà di linguaggio. I fautori cioè del risarcimento di tutti i cosidetti danni non patrimoniali, professano in sostanza l'opinione che anche di tutte le *offese morali* si possa dare civile o pecuniario risarcimento; tesi manifestamente inammissibile appunto per tutte quelle *offese morali* che non lasciano durevoli effetti e tracce nella *morale economia* delle persone. Ma essi non presentano la loro tesi sotto questo aspetto e in questi termini; la nascondono invece, senza accorgersene, a sè medesimi, sostituendo al concetto dell'offesa quello del danno, generalizzando soverchiamente la correlatività dei due concetti, senza poi riflettere che non in tutti i casi in cui di offesa morale si può parlare, si può anche propriamente parlare di danno morale. Onde in ultima analisi, l'errore lessico, che io dicevo sopra essere l'erroneo fondamento remoto di una gran parte della dottrina, in questione si risolve in *lapsus mentis,* in una soverchia, in una precipitata generalizzazione della correlatività del concetto di danno al concetto di offesa.

Si possa del resto, o non si possa, in singoli casi, parlare di danno morale, nel proprio senso di durevole diminuzione di ben essere morale, di durevole perturbazione della morale economia, osta, come ho detto, insuperabilmente, al risarcimento non meno del danno morale, cioè non patrimoniale in senso istretto, che di quello in senso lato, o del male fisico, l'impossibilità di stabi-

lire una equivalenza fra tutti questi danni e una somma pecuniaria.

Non vi ha infatti che una mera analogia di parole fra la diminuzione del patrimonio materiale, sostanza del danno patrimoniale, titolo e misura del relativo risarcimento, e la cosidetta diminuzione del patrimonio morale, che taluni pretendono addurre come titolo del risarcimento dei danni morali. Imperocchè si può ammettere bensì nel diritto civile un patrimonio morale distinto dall'economico, ma anch'esso componesi di veri e proprî diritti di una persona verso di un'altra, la cui sostanza, benchè morale, si estrinseca in atti e fatti esteriori sensibili da persona a persona. Tali sono i diritti personali, e veramente formano questi soli il contenuto di quello che si può dire patrimonio giuridico-morale. Ciò perchè il diritto ha appunto per sua natura sempre un oggetto esteriore sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti personali, nè tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa morale, e del cosidetto *danno morale* in istretto senso, come, p. es., l'onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti della umana personalità, e intangibili e inviolabili, come questa, ma appunto l'intangibilità e l'inviolabilità dell'umana persona non è per sè medesima un diritto civile e privato, perchè non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona determinata debba porre in essere od evitare. È un diritto al certo, e il più fondamentale di tutti quanti i diritti, cioè presiede a tutte quante le relazioni giuridiche private, ma perchè non si traduce di sua natura e per sè medesimo in esteriori determinate prestazioni, non è vero elemento del patrimonio giuridico-privato dell'individuo, neppure personale. È un diritto, la cui tutela è prestata propriamente dal gius pubblico penale. Ora, se il cosidetto danno morale non è diminuzione del patrimonio morale in senso giuridico, neppure lo può essere con effetto giuridico, nè quindi coll'effetto del pecuniario risarcimento.

Ma prescindendo anche da ciò, il massimo obbietto contro il risarcimento dei danni morali, cioè non patrimoniali, in istretto senso, è lo stesso che vale contro il risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, cioè del male fisico, e l'impossibilità di stabilire un equivalente fra un danno non patrimoniale e un bene

patrimoniale qualunque, il danaro in particolare. Tutta quanta la dottrina del danno morale, cioè del danno non patrimoniale in generale, non ha fondamento nè senso per questo solo e gravissimo e insuperabile motivo.

Il diritto è logica anzitutto, ed è logica tanto rigorosa, che per il Leibnitz la giurisprudenza è, fra tutte le scienze in cui prevale la dialettica, quella che più si accosta alla matematica. Ora, la logica insegna che, per confrontare fra loro due o più cose, ammettere o negare equivalenza fra esse, devonsi l'una e l'altra potere comparativamente apprezzare colla stessa unità di misura, se simili sono, e, se dissimili, occorre che venga anzitutto stabilita l'equivalenza fra una data unità di misura dell'una e una data unità di misura dell'altra. In ogni caso, paragone, equivalenza non si può dare se non fra quantità misurate. Ma chi può misurare la quantità del dolore fisico o morale, del danno morale in generale, esprimendolo in un dato numero di unità di misura? Quale unità di misura? E dunque, come è egli possibile tradurre il danno morale in danaro, prestabilendo, come logica vuole, anzitutto che una data unità di misura di quel danno equivalga a una data unità di misura o quantità di danaro? Sono anzi due impossibilità, non una sola, che ostano alla stima pecuniaria del danno non patrimoniale, o morale in genere: impossibilità di trovare una unità di misura di questo danno, e impossibilità di tradurre questa unità di misura in una data unità di misura pecuniaria. Due impossibilità, che non è possibile celare e sorvolare se non con vano discorso, e male appropriati espedienti dialettici.

Uno di questi è quello cui si appigliano il Laurent e il Giorgi, dicendo l'uno che " dal non potersi dare del danno morale una riparazione esatta non consegue che non se ne possa dare nessuna ", e l'altro che: " se le offese morali non si possono pagare a suon di moneta..... si può trovare un criterio di valutazione approssimativa ". Credono adunque questi due insigni giureconsulti di vincere l'obbietto dell'esatta incommensurabilità pecuniaria del danno morale, sostituendovi un apprezzamento approssimativo; ma è questo appunto un vano discorso. Imperocchè ogni calcolo approssimativo è appunto giusto e fondato approssimativamente; una equivalenza cioè, e quindi traducibilità di due differenti quantità fondamentali od unità di misura, l'una nell'altra, è supposta e insita in quel calcolo; se non che della totalità, cui l'unità di mi-

sura si applica, una parte sfugge alla misurazione, la quale, per conseguenza, nella parte in cui si può fare è esatta, nella parte in cui fare non si può, vien meno, e rispetto alla totalità soltanto è approssimativa. Chi dirà, per esempio, che i risultati della misurazione del circolo per mezzo dei minimi quadrati non sia vera, benchè non esatta, e soltanto approssimativa? Ma chi pretende di misurare una totalità senza unità di misura, non può pervenire che ad un risultato falso in ogni sua parte, e quindi neppure approssimativamente vero. Quei due giureconsulti ebbero un concetto del tutto erroneo del *calcolo approssimativo*, esprimendosi nei termini surriferiti, e non riuscirono quindi che a nuovamente occultare a sè medesimi la fallacia e l'irrazionalità della tesi che propugnano.

Vanamente qui si obbietterebbe che però il giudice penale si trova ad ogni tratto nell'occasione di stimare a danaro quei danni morali od offese, di cui il Codice penale statuisce una riparazione pecuniaria. Imperocchè nel proporzionare la riparazione pecuniaria all'offesa, il giudice penale non procede al certo diversamente che nel commisurare ogni altra pena, poichè di vera pena pecuniaria si tratta. Non cerca egli già di tradurre il danno dell'offesa in danaro, ma bensì di proporzionare la pena pecuniaria al dolo dell'offensore, tenendo eziandio calcolo piuttosto delle condizioni patrimoniali dell'offensore che di quelle dell'offeso; la gravità o quantità della offesa e del danno si traduce pel giudice penale in quantità del dolo, che è titolo della pena pecuniaria, come d'altra a cui questa si aggiunga (1).

E neppur varrebbe la più sottile obbiezione: che l'equivalenza di cose eterogenee è pur continuamente ammessa nel sociale commercio, il quale non potrebbe anzi altrimenti sussistere, e la legge dei prezzi delle cose venali ne è massimo e continuo esempio. Io risponderei che siffatte equivalenze di eterogenee cose nel commercio sociale e giuridico non si stabiliscono se non per forza di una autorità irresistibile, che è il comune consenso, il quale sfugge

(1) Qui mi obbietta Scandura Sampolo (*l. c.*, p. 9) che anche la unità di misura del dolo non si può prendere; al che io rispondo che nel commisurare la pena al dolo il giudice penale è aiutato dalla legge stessa che fissa il minimo e il massimo della pena, dati certi estremi del fatto punibile.

ad ogni controllo, specialmente perchè da motivi in gran parte subbiettivi e determinati; di che pure la legge dei prezzi è appunto solenne riprova. Il giorno in cui vi sarà un vero sociale commercio di danni morali e di danaro, in cui cioè il comune consenso stabilirà equivalenza fra una data quantità di danno morale, o anche un dato danno morale, e una data somma di danaro, sarà vinta la causa che io vado ora combattendo. Ma finora non vi ha nessun verdetto popolare di tal genere, e il giudice civile non potrebbe arrogarsi di stimare a danaro i cosidetti danni morali appunto perchè questo giudizio, in gran parte arbitrario, non può affatto spettare a lui, ma soltanto a quell'*usus, quem penes*, come dice Orazio, *et jus et norma loquendi* (1).

La razionale impossibilità dell'apprezzamento pecuniario dei cosiddetti *danni morali* non ha veramente bisogno di essere confermata rispetto a singole applicazioni pratiche. Pur nondimeno non sarà inutile por mente anche a talune di queste.

Come si possa, per es., sul serio proporsi di risarcire con danaro il dolore di un marito tradito e abbandonato, " di trovarsi solo in famiglia senza possibilità di ricostituirla ", come si è visto giudicare la Corte di Brescia, o come si possa tradurre in danaro " la mancata influenza educatrice salutare " di un padre di famiglia ucciso, come vorrebbe il Laurent, io non arrivo a comprendere. Nel primo caso io troverei persino meno strana l'azione di risarcimento del marito contro lo Stato, per non avere questo voluto emanare la legge del divorzio. E come i patemi d'animo, d'una madre, per es., cui fu ucciso il figliuolo, si possano stimare a danaro, non solo non comprendo, ma parmi, oltre che assurdo, scandaloso proposito il ricercarlo.

Per me sono esempi codesti, ed altri consimili, che segnano una vera decadenza della giurisprudenza contemporanea, per l'infiltrarsi anche in essa il rilassato senso morale, l'utilitarismo, il materialismo dell'epoca presente. Dovrebbero i nostri tribunali ri-

---

(1) Scandura Sampolo (*l. c.*, p. 10) qui mi risponde che appunto il comune consenso dei tribunali è un criterio di commisurazione del danno morale in danaro, ma codesto comune consenso dei tribunali è ancora lungi dall'essere arrivato a stabilire la vera tariffa del valore pecuniario dei danni morali, e quando a tanto giungesse non risponderebbe ancora al canone romano: *pretia rerum communiter funguntur*.

flettere che, moltiplicando giudicati di tal fatta, essi contribuiscono, senza volerlo, a tutt'altro che a raffinare il senso morale e giuridico della nazione, ma secondano invece la già dominante tendenza a considerare il danaro come il più sostanziale di tutti quanti gli interessi.

Non vale in contrario l'addurre l'esempio inglese, per cui il bacio d'una donna non propria si compensa civilmente a contanti, o l'esempio germanico, per cui il danaro è solito compenso dei dolori fisici. Non sono appunto esempi codesti da imitare in Italia, perchè non è temerità l'asserire che il sentire dei popoli germanici è alquanto meno sottile di quello del *gentil seme latino.*

E neppur varrebbe in contrario l'obbiettare che non tutti i danni morali sono così intimi, subbiettivi, spirituali, come quelli addotti sopra ad esempio, e come i patemi d'animo in generale. Imperocchè, come ho già osservato sopra, per poco che si ammetta un danno civile all'infuori della sfera patrimoniale, non è più possibile fissar limiti a siffatta estensione del concetto del danno, distinguendo danni morali da danni morali, cioè danni troppo poco patrimoniali, e danni che sono patrimoniali abbastanza. Sta bene che la fallacia del punto di partenza apparisca maggiormente quanto più lontano si va, ma egli è anche noto che l'argomentazione *per absurdum* è sempre appropriata non solo, ma anche delle più efficaci. L'assurdità massima delle ultime conseguenze di un principio falso non può essere compensata, nè resa più tollerabile dalla minore arditezza di quelle meno remote, poichè le une e le altre provengono dallo stesso germe, dalla stessa origine. Ora, se è un fatto che i Tedeschi, dopo aver ammesso lo *schmerzensgeld* pei dolori fisici, non ammisero il compenso pecuniario dei patemi morali, ciò prova soltanto una volta di più, che nello sviluppo storico del diritto si possono dare, e sono anzi frequenti, inconseguenze logiche, le quali non può mai permettersi la dottrina, specialmente quando essa le attribuisca al legislatore che non vi ha dato appiglio nessuno nè colle sue parole, nè col suo silenzio.

Principalissimo, dissi, e decisivo l'obbietto della impossibilità di stimare i danni morali a danaro; ma altri ancora pur gravissimi obbietti si possono muovere contro la dottrina del risarcimento di quei danni, e dimostrano del pari che questa dottrina non può assolutamente trovar posto nè punto d'appoggio nel diritto civile.

Saranno bensì ancora di preferenza i danni morali *patemi d'animo*, che forniranno materia ai nuovi obbietti; quei patemi d'animo, che appunto per essere l'apice, il fior-fiore della dottrina che io combatto, sono i più appropriati a fare scorgere il falso punto di partenza, il mal seme onde essa proviene.

Se ed in chi propriamente si verifichi il danno morale *patema d'animo*, è un punto di fatto, che non è mai possibile accertare; più che una presunzione in proposito non si può avere, fondata e anzi fondatissima bensì in alcuni casi, ma non mai presunzione *juris et de jure*. Come si può affermare con sicurezza che la tale o tal persona, attinente in qualunque modo all'ucciso o al ferito, o al mutilato o deturpato, risente gran dolore da questa disgrazia? Sia pure di regola presumibile codesto dolore, per es., nei discendenti o nel coniuge della vittima, talvolta però l'apparente dolore di costoro non è che una ipocrisia, che il giudice non ha mezzi, o non può osare di smascherare, sicchè egli può trovarsi ad accordare un risarcimento a quelle persone e per quel titolo, fra le risate universali. Che se i dolenti, veri o finti, lucrassero in pari tempo una eredità inaspettata, dovrebbe per lo meno il giudice diminuire l'indennità del danno morale del valore pecuniario che egli attribuisse al piacere del lucro, più o meno inaspettato; imperocchè se il danno morale può stimarsi a danaro, ciò devesi poter fare anche per il piacere. Ma di questa compensazione del piacere col dolore, i teorici, che io vado combattendo, non si sono mai dato pensiero. Per un motivo o per l'altro, o anche per tutti due insieme, l'asserito risarcimento dei danni morali *patemi d'animo*, viene in molti casi a mancare di giustificazione nel fatto od anche ad essere ripugnante ai fatti; ridicolo nella prima ipotesi, grottesco addirittura nella seconda.

In altri termini, la dottrina del risarcimento del danno morale, specialmente applicata ai *patemi d'animo* o *morali*, manca affatto di base obbiettiva: poggiando su mere presunzioni, che nè si possono con fondamento combattere, nè si possono elevare a presunzioni *juris et de jure*. E ciò è quanto affermare un nuovo titolo dell'impossibilità dell'apprezzamento del danno morale, e quindi dell'assoluta infondatezza della dottrina che io combatto. Impossibile apprezzamento, non solo perchè non è possibile stabilire equivalenza fra una data quantità di danno morale, o un dato danno morale, e una data quantità di danaro, ma altresì perchè

non è neppur possibile in molti casi accertare la reale esistenza di quello che si dice danno morale.

Totale, assoluta mancanza di *obbiettività* di quella dottrina, è sicurissima illazione dall'analisi dei suoi fondamenti e del suo oggetto; che cosa si deve dire di più per conchiudere che quella dottrina non è giuridica, non può cioè aver posto nè punto di appoggio nel diritto civile? *Jus oritur ex facto*, è una verità elementare della scienza del diritto; tutto ciò che non ha base, riprova, criterio, limiti determinati nel fatto, trascende il campo del diritto e della giurisprudenza civile; e vano è lo sforzo di farvelo entrare, nè ad altro può condurre che a infondati e inintelligibili responsi.

Ma vi ha ancor di più.

Non solo il risarcimento pecuniario dei danni morali è impossibile, perchè non vi ha equivalenza fra quei danni e il danaro, non solo quel risarcimento manca molte volte di un obbietto accertato, ma altresì lo ammetterlo è un porre a soqquadro la dottrina civile generale del danno, togliendo in molti casi ogni proporzione fra il risarcimento e la colpa non solo, ma fra la stessa prevedibilità degli effetti dell'azione colposa, e la realtà di questi effetti, o del danno imputabile e da risarcirsi. Ciò pur si verifica specialmente rispetto ai danni morali-*patemi d'animo*.

Imperocchè anzitutto il patema d'animo non sta sempre isolato, anzi non è isolato che nelle persone che non furono oggetto dell'offesa, dell'illecito atto. In quelle invece che lo furono, esso può coesistere, anzi coesiste con ogni o qualunque altro danno morale, sia in senso ristretto, sia in senso lato, come, per es., con una offesa al decoro personale, o con una lesione corporale; e non solo con un danno morale qualunque può coesistere, ma anche con un danno patrimoniale, come per es., nel caso di perdita di cosa per cui taluno ha una speciale affezione (1), o di invasione o di

---

(1) Il *prezzo di affezione*, da pochissimi Codici ammesso, per es. dal Codice civile austriaco (§§ 305, 1331), il quale permette che lo esiga nel caso di danneggiamento *per malignità* o *petulanza*, è concetto giuridico rispondente anch'esso alla tesi della risarcibilità dei danni morali, e propriamente dei *patemi morali*, epperò inammissibile. Nel Diritto Romano esso non ha base, repugnando al noto canone: " pretia rerum non ex affectu, nec ex singulorum utilitate, sed *communiter funguntur* " (l. 35, D. *ad leg. falc.* Vedi anche l. 33,

incendio della propria casa. E dunque per ogni e qualunque offesa, patrimoniale o no, il colpevole potrà essere costretto a risarcire il patema d'animo, l'affezione morale, oltre al danno immediato, sia morale d'altra natura, sia patrimoniale. Non vi ha qui manifesta sproporzione fra la responsabilità della gente, e l'entità del risarcimento, manifesto eccesso nella quantità di quest'ultimo? Sproporzione, eccesso, ripugnanti manifestamente all'economia della dottrina civile del danno; sproporzione, eccesso, che trascendono per verità l'intendimento degli stessi apostoli della dottrina del danno morale, imperocchè questi inavvedutamente si rappresentano i vari danni che chiamano morali come distinti non solo fra di loro, e dai patrimoniali, ma eziandio come non concorrenti nè fra loro, nè coi patrimoniali. Non mi si dica: *cave a consequentiariis*, perchè io rispondo subito: *principiis obsta*.

Alla stessa conclusione si viene ancora riflettendo al rapporto in cui si trova il subbietto del patema morale col subbietto del cosidetto danno morale. Il patema morale può essere non soltanto nel subbietto dell'offesa, ma anche in terze persone. I dottrinari del danno morale non pensano ad altre persone terze, fuorchè ai parenti dell'offeso, ed anzi del defunto; ma vi ha qui manifestamente una restrizione arbitraria. Anche i parenti dell'offeso vivente possono risentire profonda afflizione dall'offesa; e non solo i parenti, ma anche gli amici dell'offeso, vivo o morto, possono provare quel sentimento. Per ciò che riguarda gli amici in particolare, è noto che non di rado essi amano più dei parenti, anche prossimi, e condividono più sinceramente e profondamente di questi le pene, i dolori dell'amico. Che se pei parenti milita una presunzione, non facile a distruggersi, per gli amici è possibile una prova diretta. E dunque l'autore di una offesa qualunque a cui può sempre, come ho detto sopra, conseguitare patema d'animo, si troverà a dover risarcire non solo il patema d'animo, oltre ad altro danno

---

ad leg. aquil., e l. 6, § 2, *de op. serv.*). E senza fondamento si adducono in contrario la l. 51 pr., D. *mandati*, la l. 35, *de minor.*, la l. 7, *de serv. export.*, e la l. 36, D. *de bonis libert.* In realtà la grande generalità dei romanisti non l'ammette. Fra gli italiani, il sommo, e ingiustamente dimenticato, DEL ROSSO (*Pand.*, § 628) insegna: " non sono da calcolare i piaceri delle affezioni soddisfatte, o da aversi come lucri perduti, o come danni sofferti, le privazioni relative ".

morale o patrimoniale nell'offeso vivente, ma anche il patema d'animo di tutti coloro, parenti o amici, che per quella causa lo provino, sia vivo l'offeso, o sia morto! Dato il generale concetto del danno morale, e del debito civile di risarcirlo pecuniariamente, è quella una conseguenza rigorosa, inevitabile. Ma in tal guisa cresce ancora, e veramente a dismisura, la già notata sproporzione fra risarcimento e danno, e la notata eccessività di quello, ripugnante in grado insuperabile alla comune dottrina civile del danno e del risarcimento.

Egli è poi altrettanto chiaro che ripugna a questa dottrina quello introdurre che fanno i teorici del danno morale, fra i subbietti diretti del danno, aventi diritto a risarcimento, terze persone, che non si trovano in nessun rapporto col danneggiato, che non furono in nessuna guisa subbietti passivi diretti dell'azione ingiusta, ai quali non poteva nè doveva affatto rivolgersi la previsione e il pensiero dell'autore del danno. Dico *subbietti diretti* del danno, imperocchè ogni terza persona che prova un patema morale per una offesa fatta ad altri, non soffre già in conseguenza della sofferenza di questo, ma direttamente al pari di questo, rappresentandosi soltanto l'offesa e il patimento morale dell'offeso, o principal danneggiato. Il caso è ben differente da quello della terza persona, che indirettamente viene ad essere danneggiata, in virtù del danno altrui, come per es. di un figlio, e in generale di un alimentando, cui l'uccisione del padre o dell'alimentante viene a togliere i mezzi di sussistenza. Ora che da una medesima azione illecita vi abbiano ad essere altri danneggiati direttamente, fuorchè coloro contro i quali è stata diretta, o su cui venne a cadere l'azione illecita, è inammissibile e inconcepibile cosa nella scienza del diritto civile. La dottrina del danno morale, in quanto mette capo al risarcimento di patemi d'animo di terze persone estranee all'azione dannosa, persone, le quali, come si dice, agiscono in risarcimento *jure proprio*, introduce veramente qualcosa di nuovo ed inaudito nella dottrina civile del danno, un criterio *aberrante* all'infinito, e anche per questo verso la sconvolge, la mette sossopra tutta quanta. È una enormità codesta, cui seppe sfuggire la giurisprudenza tedesca, e anche il § 847 del Codice civile tedesco (v. sopra), non ammettendo azione di danno morale per parte di altre persone terze, fuorchè degli eredi del defunto, se la relativa azione sia stata promossa da questo. E forse i giuristi te-

deschi saranno stati meno conseguenti dei francesi e degli italiani, ma questi ultimi non sono scusabili di non avere dall'assurdità della conseguenza argomentato la fallacia del principio, e del punto di partenza.

Riassumo e concludo.

Infiltratasi e radicatasi a poco a poco nella nostra giurisprudenza: per virtù di ossequio ad esempi e tradizioni barbariche, — per virtù di equivoci, primo dei quali la comune appellazione di danno applicata tanto alle offese morali, quanto alle patrimoniali, — per virtù di malintesi, primo dei quali il considerare risarcimento la pena pecuniaria comminata dalla legge a talune offese morali, — per virtù di confusione d'idee, massima delle quali quella dei danni morali producenti indiretto danno patrimoniale, coi cosidetti danni morali in generale, — basata su di una premessa inammissibile, su di un impossibile supposto, che cioè si possa trovare equivalenza fra una data quantità di danno morale, o un dato danno morale, e una data quantità di danaro, — feconda di assurde conseguenze, in vista delle quali se non fu ancora abbandonata, ciò fu soltanto perchè i propugnatori suoi non la approfondirono abbastanza per avvertirle, — inapplicabile in moltissimi casi, anche perchè l'obbietto suo è impossibile ad accertarsi, — sovvertitrice di tutta quanta la teoria civile del danno e del risarcimento, sia per la sproporzione che introduce fra il danno e il risarcimento, sia per la colleganza da cui prescinde fra danneggiante e danneggiato direttamente dall'azione di quello, — la dottrina del danno morale, come è oggi intesa e applicata dalla giurisprudenza, specialmente italiana, è aberrazione, fuorviamento.

Vorrà, saprà ella ricredersene? Tanto presto non è pur troppo da sperare, ma disperare non si deve dell'avvenire. La Cassazione di Roma, 7 luglio 1902 (*Circ. Giur.*, 1903, *Dec. pen.*, p. 10), dichiarò: " potersi reputar danno morale quello soltanto che è tale da costituire lesione giuridica, la quale soltanto può essere valutata come danno materiale ". La Corte di Bologna, però, la quale, come ho notato sopra, seguì nel 1897 la stessa dottrina che io propugno, ma l'abbandonò dieci anni dopo, sembra poco sicura di questa sua conversione, perchè nel suo riferito giudicato del 19 febbraio 1907, dichiarò doversi il *dolore sofferto misurare con prudenza.* Che significa codesta frase? Poichè nel diritto la prudenza è il rigore, la detta frase sembra significare che la Corte tema di essere stata

imprudente, e quindi di non aver proceduto a rigor di diritto. Io auguro alla Corte di Bologna che codesti scrupoli la incoraggino a ritornare sui suoi passi, e che questo suo esempio ne tragga seco molti altri.

Appendice.

Più d'uno scrisse, dopo di me, pro e contro la tesi da me propugnata. Pro scrissero, fra gli altri, l'avv. F. Prestia nella *Domenica giudiziaria* (23 dicembre 1902), e l'avv. Paolo Camassa (*I danni morali e i danni materiali*, Ostuni, 1900); contro scrisse Alfredo Minozzi (*Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901, 2ª ediz., Milano, 1909). Quest'ultimo lavoro, notevolissimo per accuratezza, sottigliezza, erudizione, tratta la quistione da tutti i punti di vista, ed è certamente indispensabile a chi voglia seriamente studiarla. Io non mi posso qui accingere a riassumerlo completamente; mi limiterò ad accennare e apprezzare le obiezioni del Minozzi ai principali e sostanziali argomenti da me adoperati per sostenere la tesi contraria alla sua.

Espone il Minozzi esattamente e completamente la letteratura scientifica e la giurisprudenza concernenti la quistione, gli argomenti *hinc et inde* adoperati; se i magistrati di Palermo, i quali non hanno certamente letto gli scritti miei, vorranno leggere quello del Minozzi, si accorgeranno che molti sono, e, fra questi, non pochi autorevolissimi " solitarî ", che non ammettono risarcimento di danni morali, e specialmente di patemi d'animo. Aggiunge il Minozzi agli oppositori da me citati, i tedeschi Helwig e Seitz, ai consenzienti con lui il Kohler e il Ferrini, il quale ultimo però dubita che la tesi teorica della risarcibilità dei danni morali sia sostenibile in diritto civile positivo italiano. Rispetto ai giureconsulti francesi il Minozzi completa le notizie da me date, annoverando giustamente fra i fautori della opinione sua Aybry e Rau, Dalloz, Chauveau e Faustin Hélie, Sourdat e Larombière. Ma quanto alla giurisprudenza francese, la quale, come io aveva già riconosciuto, è favorevole al risarcimento dei danni morali, il Minozzi ha la lealtà di riferire che il Tribunale Superiore dell'Im-

pero germanico, applicando nel *Reichsland* il Codice napoleonico, ebbe il coraggio di scostarsi da quella giurisprudenza, dichiarando in una decisione del 27 giugno 1882 che gli art. 1382, 1383 di quel Codice contemplano soltanto i danni economici e patrimoniali.

Rispetto all'Inghilterra e agli Stati Uniti riferisce anche il Minozzi che il risarcimento pecuniario dei danni morali vi è ammesso larghissimamente, ma non riflette con me che siffatta dottrina risponde a un modo di sentire tutto proprio di quei popoli, modo di sentire lontano *toto coelo* da quello degli altri e specialmente degli Italiani, ai quali sembra stranissima cosa che, p. es., un bacio dato per sorpresa a una fanciulla debba essere risarcito con migliaia, o anche soltanto con centinaia di lire. Ma anche qui la lealtà del Minozzi lo induce a riferire che parecchi giureconsulti anglo-sassoni condannano siffatta giurisprudenza, e, fra gli altri, Greenlaf, il quale la qualifica nientemeno che " di una specie di ibridismo fra uno sfogo di indignazione etica e l'imposizione di una multa criminale „. E soggiunge il Minozzi (p. 120) che gli oppositori adducono fra gli inconvenienti di essa " la mancanza di prova certa, l'arbitrio del giudice, oltre una certa confusione che potrebbe nascere fra la giurisdizione civile e la penale „. Quanto ai paesi germanici, il Minozzi persiste nel comune errore di addurre a favore della sua tesi l'istituto dello *Schmerzengeld*. Egli pure non riflette anzitutto che codesto istituto ritrae la sua remota origine dall'antichissimo concetto del *vidrigildo*, o composizione pecuniaria; locchè nota pure il Seitz da lui citato (p. 168), il quale soggiunge che, " avendo lo Stato avocato a sè il diritto di punire, non si comprende questa delegazione al privato di una parte del diritto punitivo „. E poi non riflette il Minozzi che lo *Schmerzensgeld* si riferisce soltanto al danno non patrimoniale dei dolori fisici. Che ai patemi morali non lo si possa applicare, ebbe anche a dichiararlo due anni sono l'*Oberlandesgericht* di Vienna in causa *Fahnler-Wiener Localbahnen*, colle testuali parole: " secondo il diritto austriaco non è ammissibile risarcimento per dolori morali (*Seelenschmerzen*) in generale „. Neppure egli riflette che nel diritto tedesco lo stesso risarcimento per dolori fisici non può essere domandato dagli eredi dell'ucciso, i quali sogliono invece essere beneficati dai tribunali nostri di risarcimento di *patemi morali*. Ed anche il Minozzi ha male a proposito citato in

suo favore il § 253 del Codice civile germanico, del quale esisteva soltanto il progetto allorquando io pubblicai il surricordato mio scritto. Questo paragrafo infatti, lungi dal porre il canone generale della risarcibilità dei danni non patrimoniali, statuisce invece che questi danni si debbono risarcire soltanto nei casi designati dalla legge. Dei tre paragrafi poi, che appunto designano codesti casi, cioè 343, 847, 1306, soltanto questi due ultimi contemplano vero risarcimento di danno morale, non trasmissibile però agli eredi, ma il primo no, perchè esso contempla la pena convenzionale, la quale, oltre al non essere mero e vero risarcimento, è placito contrattuale, non canone legale. Il Codice germanico del resto, chi ponga mente a quanto nel mio primo scritto io ho riferito circa il Progetto, e più specialmente circa i *Motivi* di questo, ben può dirsi rispondere ad una tendenza restrittiva in fatto di risarcimento di danni morali, o non patrimoniali.

Rispetto poi ai veri e proprî argomenti sostanziali della sua tesi, alle obiezioni sue cioè contro gli argomenti sostanziali addotti per la tesi contraria, io mi permetto di dire che il Minozzi mi è parso alquanto debole.

L'improprietà di linguaggio che io rilevai anzitutto nell'espressione *danno morale*, nega il Minozzi, osservando che " come l'utilità è la conseguenza dei beni, il danno è la conseguenza dei non beni „ (p. 21); che " tanto il concetto di utile, quanto quello di danno prescindono dalla qualità dell'oggetto „; che " è sempre l'uomo che dà la qualità di utile o di dannosa alla cosa „ (p. 22), che cioè " per avere il concetto completo di danno, si deve partire dalla persona, non dalla cosa „ (p. 23); che " ogni danno ha rapporto col patrimonio, in quanto è al patrimonio che si paga l'indennità „ (p. 29); che " la distinzione del danno in patrimoniale e non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti „ (p. 31).

Ma non s'accorge il Minozzi che col fare della quistione del danno morale una semplice quistione di linguaggio, non le si fa fare un passo, perchè rimane sempre a sapere se i cosidetti danni non patrimoniali si possano risarcire come i patrimoniali, la quale ricerca è giuridica e non linguistica. Nè si accorge che l'affermare doversi in diritto considerare il danno in relazione al soggetto, e non all'oggetto, non è dimostrarlo; e che l'affermare esservi affinità fra il danno patrimoniale e il non patrimoniale, in quanto

anche di questo si paga l'indennità col patrimonio, è petizione di principio, rimanendo a dimostrare che la possibilità di una indennità pecuniaria sia tanto razionale rispetto al danno non patrimoniale quanto al danno patrimoniale, nell'un caso e nell'altro cioè risponda all'indole intrinseca del danno.

All'argomento dell'incompatibilità del concetto di danno morale con quello di risarcimento in danaro, il Minozzi ne oppone due abbastanza ingegnosi, i quali mirano a far parere la quistione men difficile che non sia, ma in realtà la lasciano essi pure impregiudicata. Egli dice che l'equivalenza, a prima vista impossibile, fra dolore e danaro, cessa di parer tale, ove " alla parola *dolore* si sostituiscano le sensazioni piacevoli bastanti a estinguere quel dolore, e alla parola *danaro* si sostituiscano le sensazioni piacevoli che una data quantità di danaro è capace di produrre " (p. 53), e che " non si tratta di rifare al danneggiato gl'identici beni che ha perduto, ma di far nascere in lui una nuova sorgente di felicità e di benessere capace di alleviare le conseguenze del dolore, del male che ha ricevuto " (p. 62). È questo però in sostanza il ragionamento della Corte di Palermo, più sopra riferito e censurato; come il piacere del contemplare l'oro possa lenire l'afflizione di una ingiusta offesa, di un patema d'animo immeritato, nessuno comprende, e neppure quei giureconsulti che pur vogliono su tale falsa premessa edificare una teoria. Dice anche il Minozzi non poter sorprendere che si valuti il dolore in danaro una volta che tuttodì " si valutano opere d'arte, quadri, statue, invenzioni, servizi personali, e che nessuna di queste valutazioni è mai stata fatta in base al metro cubo di statua, o al metro quadrato di quadro, o all'unità di tempo impiegato dal genio " (p. 54); ma egli non riflette che appunto i prodotti intellettuali si sogliono valutare a danaro, mentre non si sogliono invece valutare a danaro i dolori e i patemi d'animo, il che significa che la prima valutazione è possibile, la seconda no. Non si astiene però il Minozzi, per la solita lealtà sua, dal riconoscere che in realtà il valore dei danni morali è " un prezzo di affezione ", ma soggiunge che questo prezzo non fa meraviglia si paghi, allorquando è questo il solo modo di risarcire il danno (p. 56). Ma, ciò dicendo, egli non si accorge di distruggere la sua tesi della eguale risarcibilità del danno non patrimoniale e del danno patrimoniale, poichè viene ad escludere che ci sia una valutazione ordi-

naria, normale del primo, come c'è del secondo. E qui io non posso non far mia l'osservazione dell'avv. Prestia (*loc. cit.*), che " se un ricco signore venisse orbato di alcuno a lui caro, gli sarebbe dovuto a titolo di risarcimento la maggior somma possibile, cioè tutto il patrimonio dell'offensore „.

All'argomento della mancanza di concreto criterio con cui determinare gli aventi diritto a compenso pecuniario di danno morale, e specialmente di patema d'animo, e della conseguente sproporzione fra la gravità del fatto illecito e moralmente dannoso e l'ammontare complessivo dei risarcimenti, risponde Minozzi che " la legge scritta interviene in questa materia del danno per limitare il diritto al risarcimento solo rispetto a taluni subbietti passivi „ (p. 21). Ma egli non soggiunge con quali criterî la legge possa introdurre limitazioni siffatte, e per es., negare il *patema d'animo* e il diritto al risarcimento a un amico intimo e vero dell'ucciso, che questa morte ha gettato nella desolazione, se l'ucciso non abbia per avventura parenti successibili, oppur tali che egli era felice ed usato di scansare e di teneri lontani.

Io avevo dunque ragione di affermare che il lodevolissimo lavoro del Minozzi nè risolve la quistione, nè scema per nulla il valore degli argomenti contrarî alla tesi della risarcibilità dei danni morali, ed ora debbo soggiungere che esso, oltre a confermarmi nella contraria opinione, mi ha anche fornito qualche nuova ragione di questa.

Dove io convengo col Minozzi gli è nel valore da attribuirsi nella quistione all'art. 38 Cod. pen., al quale egli associa opportunamente l'art. 700 Cod. proc. pen. (p. 170). Egli è d'accordo meco che dal detto art. 38 male si argomenta la risarcibilità dei danni non patrimoniali in diritto civile. Ed io convengo con lui, non già nel ritenere che l'art. 38 sia un'applicazione speciale di un canone generale del gius civile positivo, il che io nego col Ferrini (*Digesto ital.*, voce *Delitti e quasi delitti,* p. 797), il quale però è contro di me in gius civile teorico; io convengo col Minozzi che, quantunque avente carattere penale, come ciò è chiaramente detto nella Relazione ministeriale alla Camera dei Deputati, la riparazione pecuniaria, accordata dall'art. 38, ha però natura di risarcimento. Ma io faccio riflettere al Minozzi che l'art. 38 accorda riparazione pecuniaria all'offeso nell'onore che la domanda, e che non è presumibile venga fatta questa domanda da chi sente vera-

mente il proprio onore, se non quando l'offesa di questo, codesto danno morale, si risolva indirettamente in danno patrimoniale, nel quale caso appunto e soltanto io ho sostenuto e sostengo potersi dare, sia in teoria civilistica astratta, sia in diritto civile italiano, risarcimento di danni non patrimoniali, o morali che dir si vogliano.

Responsabilità dei pubblici ospedali e istituti congeneri.

Se l'ente ospedale, brefotrofio, o un ospizio qualunque destinato a raccogliere e curare gratuitamente persone bisognose di fisica assistenza, possa essere chiamato a rispondere col suo patrimonio del danno recato ad una di quelle persone per colpa degli individui addetti alla sua assistenza, è grave quistione, attesa la sua pratica importanza, e variamente risoluta dai Tribunali.

La Corte d'appello di Genova, con sentenza 28 ottobre 1895 (*Giur. it.*, 1896, I, 2, 19), ammise la responsabilità dell'ente brefotrofio per danno derivato ad una nutrice, cui sia stato affidato un bambino sifilitico, per inosservanza delle cautele regolamentari da parte dei sanitari addetti a quell'ospizio. E la stessa Corte ripetè la medesima dichiarazione in una sentenza 21 novembre 1896 (*Giur. it.*, 1896, I, 2, 9). Anche la Corte di Bologna, con sentenza 24 aprile 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 2, 455), dichiarò, in un caso consimile a quelli decisi dalla Corte di Genova, responsabili del danno i sanitari colpevoli di negligenza *e quindi l'ospizio.* Sentenza codesta, che venne cassata dalla Cassazione di Roma, 15 maggio 1895 (*Idem.*, 1896, I, 2, 19, in nota), per solo vizio di motivazione. Mutò giurisprudenza la Corte di Bologna nella sua sentenza 29 dicembre 1905 (*Mon. Trib.*, 1906, 254), e la mutò pure la Corte di Genova in una sua sentenza del 12 marzo 1906 (*Idem*, 1906, 533). Fu pure negativa della responsabilità in discorso la Corte di Lucca, 28 giugno 1898 (*Giur. it.*, I, 2, 588). La Cassazione di Roma ha poi avuto due successive occasioni di pronunziarsi in-

torno alla questione di merito, ma i suoi responsi non si conciliano facilmente fra di loro. In una sentenza 10 dicembre 1896 (*Foro penale*, 1896, 197), essa dichiarò, in sede penale, a Sezioni unite, essere responsabile sempre il governo dell'ospedale, cioè le persone che *pro tempore* lo amministrano, delle colpe dei sanitari ospedalieri, e riservò espressamente la questione delle responsabilità dell'ente ospedale; sentenza che tutti sanno avere suscitato critiche e proteste in tutta Italia per parte di giornali e di amministrazioni ospitaliere. In una posteriore sentenza, 24 maggio 1897, emanata nella medesima causa civile, in cui si era pronunciata il 15 maggio 1895, la Cassazione di Roma ritenne invece responsabile delle colpe dei sanitari ospitalieri non già l'amministrazione o il governo *pro tempore* dell'ospedale, ma l'amministrazione persona morale, cioè lo stesso ente ospedale. Manifestamente questi due responsi non si possono facilmente conciliare fra di loro, perchè, mentre il primo distingue l'amministrazione dell'ospedale dall'ente ospedale, questa distinzione non è più fatta nel secondo. La Cassazione di Napoli avrebbe probabilmente essa pure ripudiato la tesi della responsabilità in discorso nel 1907, quando, con sentenza del 3 luglio, negava che un istituto di beneficenza risponda del danno dato da un ricoverato a un altro insufficientemente sorvegliato.

Due tesi sono adunque in contrasto fra loro nella nostra giurisprudenza. L'una è la tesi che del danno dato, per incuria o negligenza, dai sanitari addetti a un nosocomio, o ad un ospizio caritatevole qualunque, non risponde l'ente nosocomio od ospizio, ma sì ne possono essere chiamati a rispondere gli amministratori *pro tempore*, ed è la tesi delle Sezioni riunite della Cassazione di Roma; l'altra è la tesi che di quel danno risponde l'ente nosocomio od ospizio.

Ognuno poi scorge che l'una tesi e l'altra si possono generalizzare a tutti i malefatti, di qualunque genere, commessi a danno di terze persone da funzionari addetti ad opere pie qualunque, nel disimpegno delle loro funzioni d'ufficio.

Delle due tesi la prima è per me la vera, ed eccone le ragioni (1).

---

(1) Il prof. F. Benevolo (Cass. Unica, 1897, p. 418) dissente dal mio modo di vedere circa i danni morali, ma egli non adduce argomento nessuno che io non abbia considerato e combattuto, o non ferma abbastanza la sua at-

Anzitutto si affacciano al mio pensiero le gravi conseguenze pratiche della tesi della responsabilità degli enti morali in discorso pei malefatti del personale cui è affidato l'esercizio della loro benefica missione. Il loro patrimonio, destinato dalla pietà cittadina a sollievo del genere umano, sfumerebbe poco per volta, e magari in un colpo solo, sotto forma di indennità conseguenti a malefatti dei loro funzionarî, non di essi stessi, che come enti morali distinti affatto dalle persone di coloro che li fanno funzionare, non possono essere subbietti nè di colpa nè di dolo. A ciò ripugna il senso comune, il quale fornisce e deve fornire la prima orientazione al giureconsulto in tutte le quistioni che toccano direttamente vitali interessi della umana società. Studiando poi la questione in relazione al diritto civile, pare a me che i sostenitori della responsabilità in quistione non intendano nè applichino rettamente i canoni dell'azione istitoria, nè rettamente si raffigurino la condizione giuridica dei pubblici ospedali o nosocomî di fronte agli addetti loro, medici, chirurghi, infermieri e simili.

Tutta la discussione mette appunto capo alla questione se l'azione istitoria dell'art. 1153 del Codice civ. possa adoperarsi contro un ente morale, avente scopo di beneficenza, pei fatti illeciti e dannosi ai terzi, dolosi o colposi, degli addetti al servizio del medesimo, se cioè gli enti pubblici di quella natura siano preponenti o committenti rispetto al personale di servizio, medici, chirurghi, infermieri, e simili, e se queste persone siano preposti o commessi rispetto a quelli.

Che ciò veramente sia, parve cosa evidente a più di un tribu-

---

tenzione sui *patemi d'animo*, i quali, come rappresentano l'apice della dottrina da me combattuta, così ne fanno più facilmente scorgere l'insostenibilità. Infatti egli adduce come esempi di danni morali effettibili, la perdita del credito e della riputazione sociale, l'offesa all'onore e al pudore, la mancanza di appoggio e di direzione per parte di un ucciso, tutti danni morali, che si risolvono in danni materiali. Un solo obbietto degno di considerazione egli mi fa, cioè che la riparazione pecuniaria di danni morali, ordinata dall'art. 38 del Codice penale, non è vera pena, come io dico, ma risarcimento. Al che io rispondo che quella è vera pena, perchè la sua mira è di infliggere un male, pecuniario bensì, all'offensore, e la entità sua è meno commisurata a quella del *danno morale* recato col delitto, che non alla quantità della malizia dimostrata con questo, e alla quantità del patrimonio, e quindi della *sensibilità pecuniaria* dell'autore dell'offesa.

nale, sicchè tutto il relativo loro ragionamento si ridusse, p. es., all'indagine di fatto della condotta colposa dei medici o dei sanitari addetti a un nosocomio o a un brefotrofio. Io credo invece che quella tesi sia tutt'altro che sicura, ed anzi che non la si possa affatto accettare e sostenere.

Anzi tutto non mi par giusto l'equiparare totalmente i medici e chirurghi addetti ad un nosocomio o ad un brefotrofio ai semplici infermieri o guardiani, o inservienti in generale, nello applicare il concetto di commessi, dato pure che di fronte a loro si possa ammettere e determinare un committente.

I medici e chirurghi non sono commessi di chi li designa a curare altrui, per la ragione che non ricevono una vera e propria commissione. Non ha questa mai un oggetto così indeterminato, come sarebbe la pretesa commissione dei medici e dei chirurghi. Se infatti il committente non può anticipatamente prestabilire tutti quanti i singoli atti del commesso, al quale deve necessariamente essere lasciata una certa latitudine nella scelta dei partiti da prendere nei vari casi, questa indeterminatezza però cade propriamente sulle modalità concrete delle operazioni affidate al commesso, non su queste operazioni stesse, la cui indole e varietà si possono ben determinare anticipatamente secondo il vario oggetto della commissione. E ciò per il motivo che le operazioni affidate ai veri e propri commessi, o sono materiali, cioè richiedono più l'opera materiale che quella della mente, o sono rette da norme, la cui applicazione non esige il concorso di un apprezzamento del tutto subiettivo. Il medico invece è persona a cui si lascia una illimitata libertà nella cura dei malati; le operazioni dell'arte sua, che egli può intraprendere a quel fine, sono di una varietà infinita, attesa la varietà infinita dei casi, e propriamente dei casi simili, il costante progresso della scienza, la varietà delle dottrine e scuole scientifiche, il vario discernimento e il differente ingegno delle persone che esercitano quella professione. Lungi dal potersi da chi designa un medico o chirurgo a curare altrui, con norme fisse determinare anticipatamente, neppure nei punti più essenziali o salienti, le operazioni che quelli intraprenderanno, egli le lascia intieramente al loro apprezzamento subbiettivo. Se quindi il preponente industriale può essere chiamato responsabile dell'operato del commesso, non è possibile che dell'operato dei medici e dei chirurghi sia responsabile chi loro affida malati da curare. Della

colpa professionale non può essere responsabile che il medico e il chirurgo che la commette, e non altri; e ciò è tanto a dirsi di medici e di chirurghi addetti a pubblici stabilimenti di cura, quanto di quelli addetti a case private di salute. Quando i sovrastanti degli uni e delle altre hanno proceduto alla nomina di quei sanitari a termini dei relativi regolamenti, e a norma della prudenza e cautela necessarie nel disimpegno del loro ufficio, non possono più avere altra responsabilità se non di vigilare a che i sanitari da essi nominati facciano il loro dovere, e dei necessari provvedimenti pel caso che quelli male esercitino il loro ufficio. E per la stessa ragione appunto io non credo neppure che il medico o il chirurgo, reo di colpa professionale a danno di un privato che a lui si rivolse, sia responsabile soltanto di colpa contrattuale, la quale, consistendo nel non adempire o male adempire la prestazione promessa, suppone predeterminata nel contratto la prestazione dovuta, così esattamente, almeno nei suoi essenziali caratteri, come al concetto di contratto si addice. Il contratto non ha fatto che costituire il medico o il chirurgo, di fronte al suo cliente, in una situazione, per così dire, di padronanza sulla persona di questo, la quale padronanza è un rapporto a sè, e di per sè medesima vuol essere considerata, prescindendo dal contratto da cui ebbe origine, e, abusata, dà luogo a vera e propria responsabilità aquiliana di quelle persone. Collima col fin qui detto una sentenza della Corte di Appello di Bordeaux, 31 luglio 1888 (*Journ. du Palais*, 1879, n. 102).

Soltanto di colpe dei sanitari di un pubblico nosocomio o brefotrofio, che propriamente *professionali* non sono, ma consistono nella inosservanza di prescrizioni regolamentari, è luogo a discutere se la responsabilità risalga a quegli enti. Ma questa responsabilità pare a me incompatibile colla indole propria di tali persone morali, cioè colla natura della funzione che esercitano per mezzo dei loro addetti di qualunque categoria.

Sarebbe certamente, come ho già notato, l'azione di responsabilità della quale si discute, quella contemplata dall'art. 1153 Cod. civ., cioè l'*actio institoria* del romano diritto. Ora l'*actio institoria* del romano diritto è propria esclusivamente del giure patrimoniale, di quel giure cioè che ha per principale suo oggetto le materiali utilità, cioè lo scambio di cose materiali, e di servigî traducibili in valor di cose o danaro, fra persona e persona. Il commesso o preposto è persona

che fa affari di una data specie; è così chiamato, dice Ulpiano, *ex eo quod negotio gerendo instet* (l. 3, § 5, Dig., *de instit. act.*); chi si rivolge all'*institor* conchiude con lui un negozio per mira di lucro, un negozio che o si compie nell'atto stesso in cui viene conchiuso, o che si compie in un tempo determinato. Vale per l'*institor* ciò che vale per l'*exercitor navis*, essendo noto che l'*actio institoria* non fu altro se non una imitazione ed estensione dell'*actio exercitoria*, ed ora l'*exercitor navis* è colui, dice Gaio (IV, 71), *ad quem cotidianus navis quaestus pervenit*, come in generale si dice *exercitor* colui che ritrae lucro da un esercizio industriale qualunque (Conf. Brissonius, *De verb. signif.*, voce *Exercere*, e Costa, *Le azioni exercitoria e institoria nel dir. romano*, Parma, 1891). Non è detto nelle Istituzioni (*l. c.*): *institoria tunc locum habet quum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit*? Si scorra il titolo del *Digesto, de institoria actione*; gli esempi pratici che vi si adducono, sono tutti di affari patrimoniali: dazioni in mutuo, spaccio d'olio o di altre merci, compere di bestiami e di schiavi, compere e coltivazione di campi, amministrazione di edifici, di mulini, gestione di osteria, di tintoria, di banca (*mensa nummularia*), acconciamento di cadaveri, e simili.

Propriamente l'*institor* e l'*actio institoria* suppongono quasi sempre una *azienda*, benchè possano aver luogo anche per atti isolati, come p. es. se *vestiarii vel lintearii dant vestem circonferendam et distrahendam* (l. 5, § 3, *Dig.*, *Cod. tit.*), ed una azienda, come si direbbe oggi, di minuto commercio, oppure, se commerciale non sia, una azienda che si risolve in tanti minuti e svariati atti o affari, come p. es. la gestione di un edificio o di una fattoria. Gli è appunto codesta moltiplicità e varietà indefinita di affari, a compiere i quali è chiamato l'istitore, ciò che dà ragione della responsabilità del *dominus*, non ostante che questi non li potesse affatto tutti singolarmente prevedere e autorizzare. Ma sono anzitutto affari, cioè atti e contratti d'indole patrimoniale, posti in essere con mira di *lucro*, e precisamente di lucro di entrambe le persone, il *dominus* e l'*institor*, l'occasione e l'oggetto della *praepositio* e dell'*actio institoria*.

Ed è precisamente per questi due rispetti, presi insieme, varietà indefinita e imprevedibilità degli atti affidati all'*institor*, scopo di lucro, che il *dominus* pel primo, o preponente, ha di mira, che la

preposizione differenzia dal mandato, e l'*actio institoria* dall'azione del terzo contro il mandante. Imperocchè il mandato può tanto essere bensì per singoli atti o contratti, quanto generale per una intiera categoria di atti o contratti, e certamente la preposizione non può essere confrontata che col mandato generale; ma il mandato non ha necessariamente uno scopo di lucro, neppure pel mandante, potendo essere adoperato per la conclusione di ogni specie di negozî, gratuiti e onerosi, patrimoniali e non patrimoniali.

Poste queste cose, parmi chiaro che nel rapporto intercedente fra chi si fa ospitare in un pubblico ospizio di beneficenza e quest'ultimo non si può affatto ravvisare preposizione, e che quindi non ne può nascere azione institoria del primo, o degli eredi del primo, contro il secondo per ragioni dell'operato degli addetti di questo per la cura de' malati, a termini dell'art. 1153 Cod. civ. Chi si rivolge a un pubblico ospizio di beneficenza per esservi accolto, domanda un servizio bensì, ma a tutto vantaggio proprio, non a quello dell'ospizio. Dove è qui un'azienda, o un negozio singolo, intrapreso per mira di lucro da chi se lo assume? Certamente un pubblico nosocomio, ospitando un malato, si obbliga a fare qualche cosa, ma cotesto obbligo non ha nulla di comune coi negozî rispetto ai quali è stata escogitata la preposizione e l'azione institoria. Se i malati vengono trattati male, rispondono certamente del danno coloro i quali lo hanno cagionato per colpa o per dolo, siano essi infermieri, o medici o chirurghi, o altri funzionari qualunque addetti al nosocomio, e non soltanto quelli che ne furono causa immediata e diretta, ma altresì coloro i quali avrebbero dovuto sorvegliare i primi, e non lo fecero, risalendo magari fino ai capi, o direttori, o amministratori dell'Istituto. Ma non è in genere responsabilità contrattuale, nè, in ispecie, responsabilità institoria, che è pur essa una specie di responsabilità contrattuale, ma è semplicemente responsabilità per danno dato, a termini dell'art. 1151 Cod. civ. italiano.

È ben diversa la responsabilità di un pubblico nosocomio verso i malati per ragione del trattamento che questi si ebbero dal personale addetto alla loro cura, da quella che esso avrebbe verso i medesimi per qualsivoglia altro titolo, p. es. per vizi dell' edificio. Se rovinasse il tetto del nosocomio, per effetto di mala costruzione, o difettosa manutenzione, il danno dovrebbe certamente essere riparato, ma da chi e in virtù di quale

azione? Certamente dall'ente nosocomio, e questa volta in virtù dell'azione dell'art. 1153, potendosi, come in sèguito renderò più chiaro, applicare intieramente il diritto comune a tutti quanti gli enti morali in ciò che riguarda la gestione del loro patrimonio. Non vi è infatti nessuna differenza fra il crollare di un ospedale sulla testa dei malati, o su quella dei passanti, o sugli edifici vicini. Gli ufficiali del pubblico nosocomio, addetti alla cura dell'edificio di questo, sono veri preposti, o istitori, il cui agire è agire dello stesso ente morale, e impegna quindi la responsabilità di questo, da farsi valere sul suo patrimonio. Ma non è invece possibile reputare operato del nosocomio quello degli addetti alla cura e assistenza dei malati ospitati nel medesimo, perchè ciò è escluso dall'indole del rapporto intercedente fra i malati ed il nosocomio.

L'assenza di ogni mira di lucro per parte di un pubblico ospizio di beneficenza nell'esercizio della propria missione sua, è, come ho detto, la causa di quella impossibilità. Ove appena la funzione di esso, di un pubblico nosocomio, p. es., svesta quel carattere di gratuità, e assuma quello di prestazione retribuita, il diritto comune deve essere applicato, e la responsabilità dell'ente può assumere l'aspetto giuridico dell'art. 1153. Se, p. es., nella farmacia di un pubblico ospedale si vendano anche medicamenti al pubblico, non è dubbio che il farmacista ospitaliero assume di fronte ai compratori veste di preposto dell'ospedale, e questo di preponente, sicchè, se danno ne venga, il danneggiato può spiegare contro l'ospedale l'azione istitoria. E in tal caso accadrebbe che l'ospedale rivestisse in pari tempo, di fronte a diverse persone, due aspetti e condizioni giuridiche differenti; ente irresponsabile dell'operato dei propri addetti verso le persone gratuitamente assistite, responsabile invece verso i terzi che hanno retribuito il servizio ricevutone. Duplicità di persona e di condizione giuridica in un medesimo individuo, che non è nuova in diritto, nè in sè racchiude alcuna mentale difficoltà.

Onde persuadersi viemaggiormente della irresponsabilità istitoria, che io vado combattendo, giova riflettere che altrimenti i pubblici nosocomi in particolare verrebbero ad essere equiparati alle case private di salute, impiantate e condotte per cosidetta speculazione. Che chi intraprende ed esercita una casa privata di salute, debba rispondere dell'inosservanza dei regolamenti per parte dei sanitari

tutti quanti, medici, chirurghi, infermieri, farmacisti, a cui un malato è stato affidato, si capisce. Quegli è un vero *dominus negotii*, persona che istituisce un'azienda sanitaria per lucrare, e che nell'esercizio di questa ricorre all'opera d'altri, che sono veri istitori, o commessi o preposti; fra quel *dominus* e i malati ospitati intercede un vero e proprio rapporto contrattuale, sicchè, se il primo ha sostituito a sè persone dipendenti da lui, ciò non ha potuto essere se non nel senso e alla condizione che in pari tempo egli facesse propria la responsabilità dei secondi verso l'altro contraente. Ma un pubblico nosocomio non contrae coi malati che vi vengono accolti, e se esso pure deve esercitare l'ufficio suo verso di questi per mezzo di addetti e dipendenti, non è possibile che egli assuma in pari tempo la responsabilità dell'operato loro nell'esercizio del loro ufficio, poichè neppure ne vengono a lui lucri di sorta, cui egli non mira, e che quei dipendenti e addetti non hanno quindi neppure potuto procacciargli.

Fin qui ho considerato la tesi in questione dal punto di vista del rapporto intercedente fra i pubblici ospizi di beneficenza in generale e i pubblici nosocomî in particolare, da una parte, e gli individui che vi sono ospitati dall'altra; passo ora a considerarla dal punto di vista dell'indole giuridica della persona *publico ospizio di beneficenza*, per vedere se anche sotto codesto rispetto si possano elevare difficoltà contro la medesima.

Questo secondo punto di vista non è stato considerato affatto, nè sospettato neppure dalle Corti succitate; eppure una non difficile associazione di idee lo poteva suggerire. Non è ella tesi ormai pacifica nella giurisprudenza italiana, che lo Stato non risponde, nè per titolo di mandato, nè per quello di preposizione, dell'operato dei funzionari addetti alla sua propria missione pubblica? E non è egli quindi non irragionevole il domandare se per avventura non si possa qualche analogia riscontrare fra la persona Stato e gli enti morali aventi pubblica missione di beneficenza? Si risponda pure come si vuole a codesta domanda; la si scarti persino come improponibile affatto, ma una risposta qualsiasi non le si può dare, senza averla posta, e senza avervi, anche per pochissimo, riflettuto.

Io sono appunto d'avviso che per le stesse ragioni per cui lo Stato non è responsabile dei malefatti dei suoi funzionari addetti alla sua *propria pubblica missione*, neppure lo è nè lo può essere

un ente morale qualunque, avente del pari una missione pubblica, cioè a vantaggio del pubblico, e in particolare un pubblico Istituto di beneficenza.

Ho detto pacifica tesi quella dell'irresponsabilità dello Stato pei malefatti dei funzionari addetti all'esercizio della pubblica missione sua, e stimo superfluo citare responsi di scrittori e di tribunali per convalidare codesta asserzione. Ed io, che fui dei più operosi nello studio di questo argomento, mi sono adoperato bensì a sostenere in taluni casi la responsabilità dello Stato pei malefatti dei suoi funzionari, ma sono sempre stato fedele alla mia tesi fondamentale; “ la non responsabilità è la regola, e la responsabilità è l'eccezione „ (V. le mie *Quistioni di diritto civile*, 2ª ediz., Torino, 1885, p. 110 e segg., e *Foro it.*, 1881, I. 932).

Ora, io dico anzitutto, deve valere anche per gli enti morali pubblici a scopo umanitario quella irresponsabilità che vale per lo Stato rispetto all'operato dei funzionari addetti alla sua pubblica missione, appunto perchè sono enti *pubblici* quelli come questo.

Enti pubblici quelle persone morali, non solo perchè stanno a servizio del pubblico, ma perchè sono vere e proprie pubbliche istituzioni, come lo Stato, cioè sono veri e propri organi della vita nazionale, rispondono e soddisfano a vere necessità di questa. E v'ha di più. Non solo essi esistono perchè lo Stato li costituisce e conserva persone morali, comunicando loro quasi un soffio della sua stessa vita, locchè può dirsi di tutte quante le persone morali, ma eziandio essi possono considerarsi organi dello Stato medesimo. Imperocchè tutta la vita loro si svolge secondo norme approvate dallo Stato, e, quel che è più, sotto il controllo dello Stato, per opera di autorità pubbliche, le quali in tale ufficio mettono capo alle autorità supreme di quello. Par quindi ragionevole attribuire anche a quegli enti morali le stesse guarentigie giuridiche, che valgono per lo Stato, fra le quali vi ha appunto l'irresponsabilità dei malefatti dei funzionari loro, nell'esercizio delle mansioni a questi assegnati.

Non è però soltanto l'analogia, anzi la stretta e organica relazione fra gli enti morali in discorso e lo Stato, titolo sufficiente, a mio avviso, della irresponsabilità di quelli come di questo, pei malefatti dei funzionari addetti alla loro pubblica missione. Chi ricerca le ragioni per le quali codesta irresponsabilità è ammessa

per lo Stato, deve, a mio avviso, riconoscere che essa applicasi perfettamente anche agli enti morali pubblici destinati a scopo privato-umanitario.

La principalissima ragione della irresponsabilità dello Stato pei malefatti dei funzionari addetti all'esercizio della sua pubblica missione è per me, come ebbi già a dichiarare nei citati miei scritti (V. *Questioni di d. c.*, p. 1581), il carattere di *necessaria*, e non di *volontaria*, che spetta alla rappresentanza dello Stato per opera di quei funzionari. Lo Stato non è una concreta persona che possa agire tanto da sola, quanto per mezzo degli asseriti suoi commessi o pubblici funzionari; esso non si trasforma da concetto astratto in ente concreto, se non per opera dei funzionari suoi. Si consuma e compenetra la vita e operosità concreta dello Stato nell'azione dei pubblici funzionari, e al di là di questa lo Stato non è che un'astrazione, sicchè i funzionari pubblici furono espressamente chiamati *organi*, piuttosto che strumenti dello Stato. Tutto ciò equivale a dire che l'asserita rappresentanza dello Stato per opera dei pubblici funzionari non è *volontaria*, ma *necessaria*. Ora la rappresentanza necessaria esclude indubbiamente l'azione istitoria contro il rappresentato, perchè il rapporto istitorio, il concetto di istitore o preposto o commesso, suppongono precisamente il contrario, cioè la rappresentanza volontaria, non necessaria, del *dominus* per parte di quelle persone.

È egli forse possibile dubitare di ciò?

No, certamente. Per consenso di tutti i giuristi il fondamento razionale dell'azione istitoria non è altro che la libertà della nomina e della scelta dei rappresentanti-commessi per parte dei committenti, è la possibilità e il dovere della sorveglianza di quelli per parte di questi. Onde si dice comunemente che la responsabilità statuita dall'art. 1153 ha per sua ragione la mala scelta o la mancata sorveglianza del commesso per parte del committente. Che codesta mala scelta o mancata sorveglianza siano presunte dalla legge, senza far luogo a controprova, costituiscano una presunzione *juris et de jure*, sicchè la *colpa* del commesso, una volta provata, si trasformi, senz'altro, in colpa del committente, non infirma per nulla quella premessa; sono mere e ovvie ragioni di pratica utilità quelle per cui il legislatore ha negato al committente la prova di non aver mancato di diligenza nè nella scelta, nè nella sorveglianza del commesso.

È tanto vero che la volontarietà della rappresentanza è condizione imprescindibile dell'azione contro il *dominus* pei malefatti del rappresentante-commesso nell'esercizio delle attribuzioni sue, che l'art. 1153 non consente ai committenti l'eccezione dell'impossibilità di impedire il fatto, che accorda invece ai genitori, tutori, precettori, artigiani, responsabili anch'essi di fatti non propri, cioè dei fatti dei loro sottoposti in questa loro qualità. Quale altra è la ragione di questa differenza, se non quella della non volontarietà, cioè della necessità della rappresentanza, che per natura e per legge hanno quelle persone dei sottoposti loro? Imperocchè, come osserva benissimo il Larombière (*Obligat.*, art. 1384, 25), non si è genitori, nè tutori totalmente per volontà propria, e gli scolari e gli allievi d'arte si ricevono e non si cercano, mentre il committente cerca, sceglie e nomina il suo commesso.

E dunque, se la volontarietà della rappresentanza è il fondamento razionale dell'azione istitoria, e se necessaria e non volontaria è la rappresentanza dello Stato per parte dei funzionari nell'esercizio della sua pubblica missione, si comprende chiaramente come e perchè questa azione non possa adoprarsi per far rispondere lo Stato dell'operato di quei funzionari.

Or non è essa pur necessaria rappresentanza quella degli enti morali pubblici in generale, e di quelli a scopo umanitario in particolare, per parte dei funzionari loro? Non divengono essi pure tutti codesti enti, al pari dello Stato, concreti soltanto per opera dei loro funzionari od organi, e non sono anch'essi mere astrazioni, se ed in quanto quei funzionari non li rappresentano? Vi ha egli luogo a scelta e nomina dei rappresentanti e funzionari per parte dell'ente morale pubblico nosocomio, o di un altro ente morale pubblico qualunque, simile a questo o differente, più di quello che vi sia luogo a tali cose per parte dell'ente Stato?

E dunque, se la necessità della rappresentanza impedisce che i funzionari dello Stato nell'esercizio della pubblica missione di questo si reputino istitori o commessi, la stessa ragione non può non impedire che tali si reputino i funzionari, di qualunque specie, di un pubblico ospizio di beneficenza, addetti all'esercizio della propria missione di questo.

E anche per tale gravissimo motivo l'irresponsabilità che io

vado propugnando nell'ente morale *pubblico ospizio di beneficenza* apparisce validissimamente suffragata dalla analoga irresponsabilità dello Stato, e l'argomentazione analogica dallo Stato agli altri enti morali pubblici, e ai detti ospizi in particolare, nella quistione di quella responsabilità, apparisce nel più alto grado appropriata e decisiva.

Sicchè la tesi che io combatto non può non apparire, a chi accuramente la studî, erronea e antigiuridica, sia che la consideri dal punto di vista dell'oggetto della relazione fra istitore o commesso, e committente, sia che dal punto di vista dell'intrinseca indole di questa relazione medesima. E come sono anche questi i punti di vista da cui il rapporto istitorio e l'azione istitoria vogliono essere studiati, onde penetrarne la vera indole e il vero fondamento, io ne conchiudo che l'azione istitoria non potrebbe essere applicata nei casi decisi dalle Corti succitate e nei casi simili, senza disconoscere o sovvertire gli stessi principî giuridici che a quell'azione presiedono e al corrispondente rapporto obbligatorio.

Sono queste le ragioni colle quali io ho dapprima combattuto nel 1895 la dottrina della Corte di Bologna. Un contraddittore esse hanno trovato nel campo della scienza, l'avv. G. Ruta in una nota inserta nella *Cassazione unica* (1895, pp. 91-98). Cortese è questa risposta, ma parmi consistere più in denegazioni che in argomentazioni contrarie.

L'avv. Ruta nega che non siano *commessi* i funzionari addetti, per es., a un brefotropio, come, per es., i medici, una volta che sono stati liberamente scelti dall'amministrazione dell'opera pia. Nega che vi sia analogia fra gli enti pubblici propriamente detti e le opere pie in questione. Nega che la nomina dei funzionari di queste opere sia necessaria, perchè libera è la scelta individuale di quelli. Afferma invece che anche i brefotrofi, e altre simili istituzioni, hanno di mira una *utilitas*, cioè l'utilità che dalla loro assistenza ricevono coloro che ad esse ricorrono. E anche afferma che in particolare fra una nutrice di professione e un brefotrofio intercede un vero contratto oneroso (di *do ut facias*) rispetto ai bambini che a quella vengono affidati da allattare.

Alle tre denegazioni dell'avv. Ruta, io contrappongo, oltre a tutti gli argomenti da me addotti in contrario, un semplicissimo

riflesso. E questo è che, siavi analogia o no fra gli enti morali in questione e lo Stato, è certamente analoga la situazione dei funzionari degli istituti di beneficenza di fronte a codesti enti, e quella dei funzionari dello Stato e così pure delle provincie e dei comuni, di fronte a questi altri enti, e quindi, se sono commessi i primi, e se non è necessaria la nomina dei primi, devono reputarsi commessi anche i secondi, e non necessaria, ma volontaria, anche la nomina dei secondi, il che è noto essere escluso pacificamente dalla giurisprudenza.

Alla prima affermazione del Ruta rispondo che il reputare utilità anche il servire altrui gratuitamente, e l'affermare come utilità di chi agisce quella di chi è obbietto dell'azione, potrà essere una lecita arditezza di linguaggio, ma a nulla conduce nella questione di che si tratta, perchè è certo che l'azione istitoria, dai Romani in poi, si fonda sull'utilità, e propriamente sul lucro pecuniario, del preponente.

Alla seconda affermazione del Ruta rispondo che tra la nutrice e il brefotrofio è bensì intervenuto un contratto, ma non un contratto in cui l'istituto mirasse al lucro dal canto suo. E l'istituto come ente morale, ha appunto adempiuto il suo dovere contrattuale consegnando un bambino, dichiarato immune dai sanitari addetti a codesto ufficio, e pagando la retta mensile. Se, pur troppo, il bambino era affetto da malattia contagiosa, non può rispondere di ciò l'ente morale brefotrofio col patrimonio suo, come risponderebbe se la retta mensile non fosse stata pagata, o se lo fosse stata, per es., con monete calanti o con moneta falsa.

Da ultimo osservo all'egregio avv. Ruta che non sarebbe affatto una sicura guarentigia del buon funzionamento di un'opera pia, il rispondere questa col patrimonio suo dei malefatti dei funzionari suoi nell'esercizio delle loro attribuzioni, in tutti i casi, che sono i più, nei quali l'incuria o la malvagità dei funzionari non può attribuirsi per nulla a colpa di coloro, da cui l'ente morale è amministrato e governato.

Ultimamente un mio caro amico, il valente avv. Dino Camici (*Sulla responsabilità degli amministratori degli ospedali*, Bologna, 1897), insorse pure contro la tesi della irresponsabilità dell'ente nosocomio pei malefatti dei sanitari a questo addetti. Ed egli pure attacca il fondamento principale di questa tesi, che è l'inapplicabi-

lità dell'azione istitoria a enti addetti alla beneficenza pubblica, ma reputa anch'egli, al pari del Ruta, che all'utilità *questuosa* equivalga l'*interesse* che ha l'ospedale al buon trattamento dei poveri, la quale equiparazione, come ho detto sopra, non mi pare sensibile.

Io debbo quindi persistere, fino a più fondate contraddizioni, nella opinione della irresponsabilità, nella tesi da me propugnata, e anche dalla Cassazione di Roma, come ho detto, due volte adottata.

Non posso però convenire nel responso 13 dicembre 1896 della Cassazione di Roma, circa la responsabilità del Governo *pro tempore* del nosocomio pei malefatti dei sanitari addetti a questo, responsabilità cioè da presumersi, a termini dell'art. 1153, senza consentire contraria prova, non appena quei malefatti assumano l'aspetto di infrazioni a disposizioni regolamentari. Io reputo invece gravissimo errore codesto, e perniciosissimo agli stessi enti morali, che si vorrebbero in tal guisa meglio tutelare, poichè ha per naturale suo effetto di distogliere ogni onesto cittadino dal partecipare alla amministrazione di quelli. E infatti la detta sentenza 10 dicembre 1896 non suscitò soltanto lamenti e censure nella stampa, ma fu motivo per cui talune amministrazioni di pubblici ospedali, come per es., quella dell'Ospedale di S. Giovanni di Dio a Firenze, diedero la loro dimissione, e altre pubblicarono formali proteste (1).

Di vero, se i componenti *pro tempore* il governo di un pubblico nosocomio si devono ritenere responsabili delle infrazioni ai regolamenti per parte dei sanitari ospitalieri, accadute durante il loro regime, senza neppur ricercare se quei funzionari siano stati nominati dal *governo* attuale del nosocomio, o da uno precedente, non si vede il fondamento giuridico di tale responsabilità. Imperocchè ognuno è responsabile soltanto dei fatti e delle omissioni proprie. Poichè la Corte non distingue la responsabilità dei singoli governi *pro tempore*, e dei malefatti dei sottoposti di questi, chiama

---

(1) Così, p. es., la Commissione amministratrice degli Spedali Civili di Genova, in un opuscolo: *Responsabilità d'amministratori d'opere pie in dipendenza dell'operato dei sanitari*, Genova, 1897.

senz'altro responsabile quel qualunque *governo*, che si trovi in funzione al momento dei medesimi, codesta decisione, inammissibile dal punto di vista del più fondamentale canone in materia di civile resposabilità, ha tutto l'aspetto di una inesatta espressione d'un ben altro e più generale concetto. Sembra cioè che, nell'atto di pronunciarla, la Cassazione di Roma fosse dominata dall'idea che la responsabilità dei malefatti in discorso dovesse risalire più in alto; se non che all'ente morale non credette di farla risalire, e prese quindi una specie di mezzo termine, addossandola al *governo pro tempore* dell'ente morale. Ma in ciò la Corte, oltre all'impingere contro il canone giuridico che nessuno risponde se non dei fatti propri, neppure interpretò rettamente il suo stesso pensiero. Se al *governo* dell'ente morale deve risalire la responsabilità dei malefatti dei funzionari suoi, prescindendo affatto dalla colpa *in eligendo* dei governanti, di caso in caso, quello non può essere che il *governo* in generale, impersonale, non mai un governo *pro tempore*; ma il governo, l'amministrazione, in genere, impersonale, di un ente morale, in che cosa mai può differire da questo ente medesimo? O quindi si ripudia affatto la tesi della responsabilità dei governanti *pro tempore* di un'opera pia, astrazion facendo dalla colpa propria di essi, oppure bisogna ammettere, in quei termini appunto, la responsabilità del governo, in generale, dell'opera pia, che è la stessa responsabilità dell'ente opera pia, intorno a cui la Cassazione di Roma nella detta sentenza del 1896 diceva di non volersi pronunziare.

Ho detto sopra che l'irresponsabilità di un pubblico ospizio di beneficenza non esclude, oltre alla responsabilità dei funzionari addetti ad esso, anche quella dei componenti l'amministrazione o il *governo pro tempore*, semprechè sia dimostrata la effettiva colpa di questo. È un punto codesto che ha bisogno di essere chiarito.

Anzitutto osservo che, affermando tal tesi, io intendo propriamente che ogni componente l'amministrazione o il governo dell'ente morale sia responsabile della colpa propria. Responsabilità collettiva non può essere che di quei membri, i quali siano stati associati nella colpa, e, a questa condizione soltanto, anche di tutta quanta l'amministrazione, cioè di tutti i componenti di questa.

Ma e di quale indole è poi la responsabilità in discorso?

È essa responsabilità di committente, a termine dell'art. 1153?

Io non lo credo. Imperocchè il committente può essere persona che affida ad altri un ufficio che potrebbe disimpegnare egli stesso, che, ciò che più monta, deve essere disimpegnato nel suo proprio interesse, che viene disimpegnato dal commesso in nome del committente. Or tutti questi caratteri mancano nelle persone in quistione, se anche i funzionari, di che si tratta, siano stati costituiti da esse. Imperocchè il còmpito di quei funzionari è tutt'al più, ma non propriamente parlando, interesse dell'ente morale, e gli amministratori li costituiscono non come loro proprî rappresentanti. Oltracciò quei funzionari agiscono di regola non secondo ordini dati dall'amministrazione che li ha costituiti, ma secondo le norme contenute negli statuti dell'ente morale, obbligatori non per essi soltanto, ma anche per gli stessi amministratori *pro tempore*, che li hanno nominati, e certamente non furono ad arbitrio formulati da questi, nè potrebbero venir mutati da questi ad arbitrio loro. Mancano adunque nel rapporto intercedente fra i due ordini di persone in discorso, tutti i caratteri della commissione, nè la responsabilità degli amministratori o governanti *pro tempore* può quindi essere desunta dall'art. 1153.

Ciò mi par chiaro, ma egli è altrettanto chiaro che, se un amministratore, o un membro dell'amministrazione di uno degli enti in discorso, fa una cattiva scelta di un funzionario, e può veramente dirsi colpevole per una tale scelta, per es., nominando un medico senza patente, o già licenziato da altra persona, morale o fisica, per provata o notoria incapacità, o un inserviente notoriamente dedito all'ubbriachezza, o a brutali maniere, deve anche rispondere, insieme al funzionario medesimo, del danno che questi ha recato ad altrui, nel disimpegno delle sue funzioni. Che se questa responsabilità non può essere quella dell'art. 1153, ne consegue egli forse senz'altro, che nessun fondamento giuridico le si possa assegnare, che non la si possa, come si dice, costruire giuridicamente?

Io non lo credo.

Se infatti ognuno che è causa del male altrui, deve risarcimento, non è detto però nè che quest'obbligo supponga un male recato direttamente, cioè coll'opera propria, anzichè coll'altrui, nè che il rapporto giuridico intercedente fra chi nuoce ad altrui e una terza persona che pur di quel male risponda, debba sempre

essere rapporto institorio. Chi manda ad altrui un'azione delittuosa, ne è pur certamente responsabile anche civilmente, ma il mandante non è un *institor*; — chi spontaneamente gerisce un affare altrui mediante dipendenti suoi incapaci, o malvagi, è pur certamente responsabile civilmente, ma il *negotiorum gestor* non è un *institor*; — chi richiesto, per favore, di inviare un'idonea persona a prestare un servizio qualunque ad un altro, fa una scelta cattiva, onde l'altro risente danno, è pur certamente responsabile civilmente, almeno in caso di dolo, e anch'egli non ha nulla di comune coll'*institor*; ora, domando io, perchè non sarà del pari responsabile del danno recato ad altrui, chi scelse la persona che ne fu causa, disimpegnando l'ufficio per cui era stata scelta, se quegli aveva obbligo di questa scelta? Se chi, senza averne obbligo, e apparentemente per fare servizio ad altrui, scelse e mise in funzione l'autore del danno, è pur non ostante responsabile civilmente del danno recato da quella persona, nel solo caso di dolo, perchè non avrà ad essere responsabile di quel danno, anche per mera colpa, chi l'autore del danno abbia scelto e messo in funzione per obbligo che ne aveva? E non è questo appunto il caso di un amministratore d'opera pia, che nel far le nomine a lui incombenti per dovere d'ufficio, proceda con tanta leggerezza, da nominare persone incapaci o disoneste, che tali avrebbe potuto e dovuto riconoscere, e le quali recano poi danni ai terzi che alla pia opera ricorrono? L'amministrazione di un'opera pia, che è colpevole nella scelta di un funzionario di questa, è certamente persona che ha mancato al suo dovere, e perciò solo è responsabile dei danni che da tale mancanza provengono; che il danno provenga da quella mancanza, direttamente o indirettamente, e, in quest'ultimo caso, che il danno sia indiretto, perchè cagionato dall'oggetto stesso della male e colpevole scelta, cioè dal detto funzionario, sono tutte circostanze codeste, di fronte alle quali l'obbligo del risarcimento riman sempre ed ugualmente fondato, perchè il titolo di esso, la colpa, rimane sempre la stessa. E il fondamento giuridico della responsabilità è in tutti i detti casi non altro che il canone generale dell'art. 1151 del Codice civile, che " qualunque fatto dell'uomo, che reca danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno ". Qualunque fatto, dice la legge, e quindi non solo un fatto che si consuma per opera di colui a cui si imputa, ma eziandio un fatto che, per

causa data da questo per dolo o per colpa, si consuma per opera di un altro (1).

---

(1) Collimano in sostanza su questo punto le osservazioni del *Foro penale*, 16 dicembre 1896, pag. 197 e segg., in nota, e quelle dell'avv. Porrini in una sua savissima nota nel *Foro italiano*, 1897, 2, 386.

Conseguenze civili della seduzione di donna con promessa di matrimonio.

Che la donna sedotta con promessa di matrimonio abbia diritto a risarcimento in confronto del seduttore, è massima che si va assodando nella giurisprudenza italiana. Possono infatti citarsi i seguenti giudicati che l'ammettono: Cass. Torino, 20 marzo 1881 (*Foro it.*, 1881, 1, 628); 26 maggio 1887 (riassunta nella *Giurispr.* di Torino, 1887, 560); 11 ottobre 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 1136); 18 dicembre 1895 (*Giurispr. it.*, 1896, I, 280); 12 giugno 1889 (*Foro it.*, Rep. 1889, voce *Responsabilità civ.*, n. 22); 26 novembre 1889 (*Id.*, Rep. 1889, voce *Contratto*, n. 17); 6 dicembre 1902 (*Giur. Tor.*, 1903, 5771); 20 maggio 1905 (*Mon. Trib.*, 1905, 8261); 12 marzo 1907 (*Id.*, 1907, 4241); 29 gennaio 1909 (*Ib.*, 1909, 909); — Cass. Roma, 6 marzo 1893 (*For. it.*, 1893, I, 350, con nota); — Cass. Firenze, 9 settembre 1891 (*Id.*, 1892, I, 142); 9 settembre 1898 (*Giur. it.*, 1898, 1, 1, 142); 30 luglio 1899 (*Id.*, 1889, 1, 1, 883); — Cass. Palermo, 1° aprile 1909 (*Mon. Trib.*, 1909, 424); 31 maggio 1900 (*Foro siciliano*, 1900, 473); — Cass. Napoli, 16 dicembre 1904 (*Foro it.*, 1905, 607); — Corti d'Appello: Genova, 31 marzo 1875 (*Gazz. trib.*, XXVII, 415); 17 febbraio 1877 (*Eco di giur.*, 1877, I, 222); 5 ottobre 1887 (*Foro it.*, Rep. 1898, voce *Responsabilità civ.*, nn. 15, 16); 30 aprile 1889 (*Id.*, Rep. 1889, voce *Filiazione*, n. 48); 31 marzo 1891 (*Id.*, 1891, I, 884, con nota); 27 luglio 1895 (*Id.*, 1895, I, 997); — Torino, 19 agosto 1872 (*Giur. torin.*, 1872, 637); 1° dicembre 1878 (*Id.*, 1878, 637); 30 dicembre 1879 (*Foro it.*, Rep. 1880, voce *Responsabilità civ.*, n. 28);

23 dicembre 1892 (*Id.*, Rep. 1893, detta voce, n. 31); — Bologna, 21 aprile 1879 (*Giurispr. it.*, 1879, 1, 2, 703); 18 dicembre 1885 (*Foro it.*, 1886, I, 33, con nota dell'avv. MANARESI); — Brescia, 5 aprile 1876 (*Legge*, 1876, 762); 12 gennaio 1884 (*Giurispr. it.*, 1885, II, 222); — Milano, 28 luglio 1885 (*Foro it.*, Rep. 1885, voce *Danni pen.*, n. 28); 31 dicembre 1885 (*Giur. it.*, 1886, 1, 2, 65); 25 gennaio 1888 (*Foro it.*, Rep. 1888, voce *Obbligazione*, nn. 7, 8); 19 novembre 1907 (*Monit. trib.*, 1908, 5); — Venezia, 18 dicembre 1888 (*Temi veneta*, 1889, 76); 23 febbraio 1900 (*Monit. trib.*, 1900, 496); — Palermo, 28 dicembre 1895 (*Monit. trib.*, 1896, 484); — Trani, 19 maggio 1893 (*Foro it.*, Rep. 1893, voce *Responsabilità civ.*, n. 30); — Catania, 23 agosto 1896 (*Foro it.*, 1897, 709); 21 dicembre 1893 (*Giur. catan.*, 1901, 10); — Cagliari, 29 gennaio 1906 (*Mon. trib.*, 1906, 376). In senso contrario pochi giudicati si pronunciarono; soglionsi citare: App. Torino, 29 dicembre 1866 (*Giurispr. tor.*, 1867, 176); 9 dicembre 1878 (*Foro it.*, 1879, I, 663); 30 dicembre 1879 (*Id.*, Rep. 1880, detta voce, n. 28); 28 dicembre 1889 (*Id.*, Rep. 1890, detta voce, n. 41); — App. Casale, 11 aprile 1866 (*Giurispr. tor.*, 1866, 1611); — App. Milano, 21 dicembre 1885 (*Foro it.*, Rep. 1886, voce *Contratto*, nn. 30, 31); — App. Bologna, 21 aprile 1879 (*Id.*, Rep. 1880, voce *Responsabilità civ.*, nn. 44, 46); — Cass. Palermo, 27 aprile 1889 (*Id.*, 1890, I, 304). Ma il GIACOBONE, nel pregievolissimo suo scritto *I diritti della donna sedotta* (Varzi, 1890, p. 260, seg.) nota giustamente che le prime tre sentenze appellatorie torinesi, e quelle di Casale e di Bologna suaccennate, sono propriamente contrarie alla tesi del risarcimento in discorso, se si fa attenzione agli estremi di fatto e ai termini delle azioni giudiziali che avevano dato origine alle relative cause.

Nella giurisprudenza francese le cose stanno come nell'italiana. Ivi è pure prevalente la dottrina del dovuto risarcimento alla donna sedotta con promessa di matrimonio. Così decise infatti la Cassazione di Parigi, 21 marzo 1845 (DALLOZ, *Rec.*, 1845, 177), e poi non si scostò più da questa dottrina, che si ripetè in un giudicato 26 luglio 1864 (*Id.*, 1864, I, 347). E, come la Cassazione di Parigi, decisero poi molte Corti d'Appello, come, per es.: Caen, 10 giugno 1850 (*Journal du Palais*, 1852, II, 536); — Montpellier, 10 maggio 1851 (*Id.*, 1835, II, 540); — Bordeaux, 23 novembre 1852 (DALLOZ, *Rec.*, 1852, II, 23); — Douai, 3 dicembre 1853 (SIREY, 1854, II,

193); — Dijon, 16 aprile 1861 (Dalloz, *Rec.*, 1861, 423, 24); — Toulouse, 28 novembre 1861 (ap. Coulet et Vannois, *Étude sur la recherche de la paternité*, Paris. 1880, p. 71); — Colmar, 31 dicembre 1861 (*Id.*, p. 62); — Bourges (*Id.*, p. 75). — Contro aveva deciso la Cassazione di Parigi, 21 marzo 1806, e poi decisero le Corti di: Bastia, 28 agosto 1854 (*Id.*, p. 79); — Grenoble, 18 marzo 1854 (ivi); — Nancy, 25 febbraio 1865 (*Id.*, p. 80); — Parigi, 19 febbraio 1865 (*Id.*, p. 81) e 2 agosto 1866 (*Id.*, p. 821); — Aix, 14 luglio 1853 (*Id.*, p. 77).

Oltre a moltissimi giudicati, anche molti scritti sono stati pubblicati in Italia e in Francia intorno alle conseguenze civili della seduzione di una donna con promessa di matrimonio, e forse la discordia è maggiore fra gli scrittori che fra i tribunali, come apparirà dal sèguito di questo scritto. Io pure ebbi a toccare più volte questo tema (vedi *Annuario delle scienze giuridiche* di Hoepli, 1881, p. 23 e seg., *Giornale delle leggi*, anno XIII, nn. 5, 7; *Foro it.*, 1881, I, 629), e di poi tenni sempre dietro a tutto ciò che di nuovo appariva sia nel campo della giurisprudenza, sia in quello della letteratura. Ed ora mi pare opportuno ritornare sul gravissimo tema, e riprenderlo in considerazione, sia per riprovare le idee da me esposte, confrontandole cogli obbietti che sono stati fatti dopo alla tesi da me propugnata, sia per tener conto di tutti gli aspetti che la quistione è venuta assumendo nello svolgimento che per opera di tanti scrittori le è stato dato.

Comincierò anzi da quest'ultimo punto.

Prima di procedere oltre, stimo necessaria una considerazione.

La seduzione, a cui si riferiscono tutte le anzidette quistioni, è sempre ed esclusivamente quella operata mediante promessa di matrimonio. D'altre seduzioni non si tien conto; perchè ciò?

In realtà la seduzione si può compiere e si compie spesso anche in altre maniere. Sono note e innumerevoli le arti colle quali l'uomo sensuale ed egoista sa vincere la resistenza che una donna giovane, inesperta o povera, oppone alla sua concupiscenza, solleticandone la sensualità, o rappresentandole come e senza conseguenze il trascorso cui vuole trascinarla, o facendole balenare davanti agli occhi compensi e vantaggi materiali, e tutti codesti artificî rendendo vieppiù efficaci colla insistenza. Come dice il Millet (*La séduction*, Paris, 1876, p. 180): " la ragazza, che finisce per soccombere, cede a continuata ossessione, a un vero costringimento morale ". E,

come io già notai in altra occasione (*Annuario*, l. c.), in questa seduzione, che è per avventura la più odiosa e la più frequente, vi ha un vero abuso che l'uomo fa della disuguaglianza morale dei due sessi, dell'inferiorità, sia comune alle donne, della riflessione al sentimento, sia frequente nelle giovani donne delle classi inferiori, in accorgimento e in padronanza di sè medesime. Per me io sarei d'avviso con Millet (l. c., p. 121 e segg.), che fosse bene contemplare nel Codice penale, come delitto, la seduzione di una minorenne, s'intende in età superiore a quella fino alla quale esso Codice qualifica di più grave reato l'abuso sessuale (v. Cod. p. it., art. 331). Il Codice penale sardo-lombardo (art. 500) contemplava in realtà la seduzione, mediante promessa di matrimonio) di donna che non raggiunse l'età di diciotto anni. E ciò dà ragione della maggior parte delle sentenze italiane favorevoli alla tesi in quistione, le quali per conseguenza hanno perduto molto della loro autorità dopo che il nuovo Codice penale non riprodusse il detto art. 500. Se però la detta proposta venisse accettata, non dovrebbe andar disgiunta dall'adozione della cosidetta ricerca della paternità; imperocchè il medesimo sentimento di giustizia esige manifestamente l'una e l'altra innovazione. Or questo riflesso conduce a spiegare il perchè nel diritto civile italiano e francese non si discuta degli effetti giuridici di altra seduzione, fuorchè di quella mediante promessa di matrimonio. Codesta seduzione è affatto diversa dalle altre; mentre in queste non si può propriamente parlare di libera volontà, in quella sì; la sedotta con promessa di matrimonio è donna reputata dalla legge pienamente responsabile dei propri fatti, e semplicemente ingannata, mentre la sedotta colle altre arti maschili suddette, è donna che l'uomo ha saputo rendere incapace di resistere al proprio volere, alle proprie insistenze. E mentre in questi casi il seduttore è responsabile di un fatto tutto suo, di fronte al quale la donna fu moralmente passiva, in quello invece l'uomo è responsabile soltanto dell'inosservanza di un accordo interceduto fra lui e la donna. Or degli effetti giuridici di codesta mancata fede contrattuale si può ragionare a termini del diritto civile comune, mentre della seduzione negli altri modi suddetti l'uomo non potrebb'essere tenuto a rispondere giuridicamente se non a termini di una legge penale, che colpisse l'abuso della maschile superiorità su donne minorenni, incapaci di moralmente resistere, la qual legge penale non c'è. Tutto ciò s'intende, conside-

rando la seduzione per sè medesima, cioè dal punto di vista degli immediati rapporti fra l'uomo e la donna, perchè quanto agli effetti ulteriori di essa, alla gravidanza e procreazione, non vi ha differenza fra l'una seduzione e l'altra, e ad entrambe egualmente provvederebbe la legge che abolisse il divieto della ricerca della paternità. Ma appunto io non ragiono per ora, come ho già detto, che della seduzione considerata dal primo punto di vista. Ed anche osservo, in virtù delle anzidette cose, che della seduzione mediante promessa di matrimonio, siccome distinta dalle altre seduzioni, che sono vere soggiogazioni psicologiche della volontà della donna, non si può ragionare che supponendola dovuta unicamente alla promessa di matrimonio. Onde viene, fra le altre cose, che essa possa ammettersi anche rispetto a donne maggiorenni, come infatti la giurisprudenza ammise (V. Corte d'Appello di Bologna, citata sentenza 19 dicembre 1885), ed eziandio rispetto a donne d'anteriore condotta non irriprovevole (V. Corte di Colmar, citata sentenza 31 dicembre 1863).

Di questa seduzione, considerata soltanto nei rapporti immediati fra seduttore e sedotta, non ha trattato, ch'io sappia, che Fadda in un suo pregevolissimo scritto inserito nella *Legge* (1893, I, p. 604 e seg.), dove egli nettamente distingue e separa la questione della seduzione, per sè medesima considerata, e quella della seduzione causa di gravidanza, e ciò che rispetto alla prima egli opina, tien fermo " quando di gravidanza non si faccia quistione ". Tutti gli altri scrittori considerano la seduzione mediante promessa di matrimonio, come causa di gravidanza e di procreazione, e questa considerazione, se non cambia sostanzialmente l'aspetto della questione, influisce però efficacemente sulla soluzione di essa. Imperocchè in quella ipotesi il danno materiale della sedotta è più manifesto, e quindi più facilmente lo studioso è tratto a tentare l'applicazione dell'art. 1151 Codice civile italiano. Se questa applicazione sia possibile o no, è appunto quistione, ma, per risolverla bene, occorre anzitutto porla bene, e a me pare che ciò non si possa fare se non concentrando, come dissi, il pensiero nel rapporto immediato fra il seduttore e la sedotta, cioè nel semplice fatto che questa ha ceduto alle voglie di quello in sèguito a una promessa di matrimonio, che poi non venne mantenuta, e che il più delle volte viene anche fatta col proposito di non mantenerla.

Opina Fadda che il seduttore mediante promessa di matrimonio

sia responsabile verso la sedotta a termini dell'art. 1151. Imperocchè, egli dice: " il fatto che è causa immediata del danno per la donna, è la perdita della pudicizia, ma la causa mediata è il dolo dell'uomo. Talchè qui l'azione si fonda appunto sul dolo, come fatto che fu causa di danno. Negare che in tal caso la donna abbia diritto ad un risarcimento, è negare la esistenza del diritto sulla propria persona, perchè appunto questa, in definitiva, vien lesa. Se la donna può agire pei danni in quanto la congiunzione sessuale sia l'effetto della violenza o del timore, epperò sia punita con pena pubblica, non si sa scorgere perchè non avrebbe tal diritto quando il vizio della volontà non è nel *metus*, ma nel dolo. Sia pure che qui manchi la pena pubblica, ma la ragione del risarcimento ha la stessa base nell'uno e nell'altro caso, il difetto di una volontà libera ". Dello stesso avviso sono, e per ragioni sostanzialmente identiche, molti altri giureconsulti francesi e italiani, benchè, come ho detto, essi abbiano considerato la seduzione, mediante promessa di matrimonio, accompagnata da gravidanza o da parto. Così, tra i francesi; Demolombe (*Journal du Palais*, 1852, II, 536, nota) Laurent (*Princ.*, IV, p. 132 seg., e XX, p. 416 seg.), Aubry et Rau (*Cours*, pag. 569), Jacquiers (*Des preuves et de la rech. de la pater.*, Paris, 1874), Accollas (*Traité sur les dr. de l'enfant*, Paris, 1870), il procuratore generale Angelot (ap. Millet, *op. cit.*, pag. 95); tra gli italiani F. Bianchi (*Corso el. di dir. civ.*, vol. III, n. 133), Viti (*La proib. delle indagini sulla paternità*, appendice al tit. VII, di Laurent, trad. Gianzana, vol. IV, pag. 101 segg.), Chironi (*La colpa*, vol. II, pag. 396-97), Giriodi nella (*Legge*, 1888, I, 145), Mattei (*Comm. al Cod. civ. it.*, I, pag. 126), Pacifici-Mazzoni (*Ist. di dir. civ.*, 2ª ediz., vol. IV, num. 66), Giacobone (*op. cit. passim*), Cautela (nella *Giurispr. it.*, 1893, I, 2, p. 348 e seg.).

Sarà temerità la mia, ma, ad onta di tanti e così autorevoli suffragi, a me pare che la suesposta tesi contraddica a sicuri principî del diritto.

Imperocchè io dico: il danno contemplato nell'art. 1151 è danno extracontrattuale, ma la seduzione mediante promessa di matrimonio non è un fatto extracontrattuale; è invece un patto violato, conchiuso coll'intenzione, da parte dell'uomo, di violarlo; e dunque il danno, che da questo violato patto proviene, non è già danno a cui l'art. 1151 si possa applicare, ma bensì danno contrattuale da farsi valere, se altro non osti, coll'azione *ex contractu*; a sensi

dell'art. 1265. Questo ragionamento parmi ben fondato, cioè vera mi sembra la sua premessa.

Chi dolosamente dà ad intendere ad una donna che la sposerà, e la induce intanto alle sue voglie, agisce ben diversamente da chi simuli un matrimonio allo stesso scopo. Codesta simulazione è certamente un fatto extracontrattuale, ed anche un fatto delittuoso, e la donna, che in conseguenza perde il suo onore, lo perde per necessità, dolosamente creata dall'uomo, non certamente per volontà sua, perchè, dato il matrimonio, la donna è obbligata a congiungersi all'uomo. Ma quando il matrimonio non è stato dolosamente simulato, ma soltanto dolosamente promesso, non un semplice inganno si ha, di cui la donna è necessariamente e inconsapevolmente vittima, ma un concorso della consapevolezza e della volontà della donna con quella dell'uomo a porre in essere il sacrificio del pudore di quella. Nel primo caso la donna è vittima di un inganno, nel secondo è vittima di una imprudenza che essa medesima ha commesso, o a meglio dire, di un imprudente, oltre che immorale, patto o contratto, che essa ha fatto con l'uomo. I due casi, le due figure, sono certamente del tutto diverse, così in diritto come in fatto; ora, se nel primo caso si può invocare l'art. 1151 intorno al danno extracontrattuale, nel secondo ciò non è possibile, e si deve invece tentare l'applicazione dei canoni relativi al danno contrattuale. Non vale il dire che in entrambi i casi vi ha dolo, e che questo è causa della rovina della donna. Imperocchè quantunque in entrambi i casi il dolo sia causa del danno della donna, nel primo però l'inganno della donna cade sullo stesso carattere giuridico della sua unione coll'uomo, nel secondo no. Onde nel primo caso la donna non crede affatto di perdere il suo pudore, e nel secondo sì.

L'error capitale, in cui versano, a parer mio, coloro che al caso in questione vogliono applicato l'art. 1151, concerne il concetto stesso della nullità di un contratto per causa di dolo. Che il dolo sia causa di nullità del contratto è certa cosa in diritto civile italiano (art. 1115); ma purchè sia dolo stato consumato nell'atto stesso del contratto, o prima di questo. Imperocchè il dolo è una macchinazione posta in essere per dar causa al consenso di un'altra persona, a cui lo si nasconde. Un dolo *causam dans* a un contratto, che può apparir tale soltanto dopo che il contratto è stato conchiuso, nel periodo cioè di esecuzione del con-

tratto, anzi che in quello della sua formazione, un dolo *mente repositum* fino allora, mi pare vano concetto giuridico. Imperocchè esso è intenzione d'ingannare, anzi che consumato inganno, e all'atto del contratto non esclude il pieno e consapevole consenso dell'altra parte, la quale sta aspettando che si verifichi più tardi il fatto o l'omissione promessale, e sa anche di correre nel frattempo il rischio che la promessa non venga mantenuta. Ove ciò appunto accada, la parte, che ne risente danno, può ben dirsi ingannata, ma non può dire che all'atto del contratto l'altra parte le abbia dato ad intendere cosa non vera, solo perchè falsamente le manifestò una intenzione che veramente non aveva, e che la prima sapeva benissimo di non potere in quel momento constatare, e, pur sapendola tale, accettò nondimeno come motivo sufficiente del proprio consenso. E tale è appunto il caso della donna che, fidandosi in una promessa di futuro matrimonio, accetta di subito unirsi all'uomo che gliela fa.

Mi ingannerò, ma a me pare che l'anzidetto sia un obbietto insuperabile alla tesi di Fadda e di tanti altri, benchè essi non vi abbiano posto mente. A me pare evidente che nella seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio sia insito un vero e proprio patto dell'uomo e della donna, di unirsi sessualmente fuori di matrimonio, alla condizione che questo si faccia dopo; patto che la donna ha eseguito dal canto suo, che l'uomo invece si rifiuta di eseguire per ciò che riguarda il susseguente matrimonio, che anzi egli aveva già in animo di non eseguire quando dolosamente e iniquamente pose o accettò questa condizione. L'azione quindi di danno che la sedotta voglia accampare contro il seduttore non può essere che azione contrattuale, basata sull'art. 1225 Cod. civ., e non già sull'art. 1151.

Purtroppo però questa azione non è possibile, è questo è il motivo per il quale tanti giureconsulti, mossi da naturale e legittimo impulso di pietà, rivolsero il loro pensiero all'art. 1151, perdendo di vista, a mio credere, la vera indole giuridica della fattispecie in questione.

Il patto interceduto fra la donna e l'uomo, di unirsi sessualmente, fuori di matrimonio, a condizione che questo si faccia dopo, è indubbiamente un patto immorale, dal quale non può venire azione di sorta, e quindi neppure di danno contrattuale in virtù dell'art. 1225 del Codice civile. L'essere degna di compassione la

donna che si è arresa a un simile patto, e che a nessun altro arresa si sarebbe, che sulla fede di un ingannatore insospettato si è permessa un fatto disonesto, pensando che questo sarebbe stato in certa guisa sanato, oltre che dimenticato, assorbendosi e disparendo ben presto nella legittima consuetudine matrimoniale: l'orrore che ispira il ladro crudele di ciò che per la donna vi ha di più prezioso e di più sacro, — tutto ciò non impedisce che agli occhi del giurista, e a' termini della legge, quello sciagurato consenso non sia un patto, immorale bensì, giuridicamente nullo e senza effetto nessuno.

Non osterebbe del resto all'azione di danno contrattuale, se il patto in questione per l'indole dell'oggetto suo non la escludesse, la dottrina da me propugnata qui sopra intorno ai cosidetti *danni morali*. Imperocchè io ho anche osservato che taluni danni, detti *morali,* sono veri danni patrimoniali, consecutivi a illecite diminuzioni del patrimonio morale altrui, e fra questi ho appunto annoverato le conseguenze delle offese all'onore di una donna onesta. Una donna, di qualunque età, vergine o no, privata del suo onore, sia colla violenza, sia col dolo, trovasi pregiudicata per tutta la sua vita dalla notizia di un simile fatto. Un matrimonio conveniente, cui ella avrebbe potuto altrimenti aspirare, gli è diventato impossibile, e ciò può significare non soltanto privazione delle gioie della famiglia, ma altresì difficoltà materiali di esistenza per tutta la sua vita. E questo non è certamente danno morale, ma materiale, suscettibile di apprezzamento pecuniario, e che può e deve essere risarcito, semprechè non sia l'effetto di un patto immorale non adempiuto.

E neppure ciò che ho detto per escludere l'azione giudiziaria in questione, mi impedirebbe di ammettere che valida fosse, e da azione giudiziale assistita, l'obbligazione che il seduttore, mediante promessa di matrimonio, assumesse spontaneamente e posteriormente verso la sedotta, di prestarle una somma fissa od annua a titolo di risarcimento. Una analoga obbligazione assunta dal padre naturale verso il figlio non riconosciuto fu dichiarata valida, e, io credo, a buon diritto, dalla Cassazione di Parigi, in una sentenza 27 maggio 1862 (Dalloz, *Rec.*, 1862, I, 208), e dalla Corte di Caen, in una sentenza 5 luglio 1875 (Sirey, 1875, 2, 231); ed anche il Giorgi (*Obblig.*, vol. III, n. 379) è di questo avviso, purchè l'obbligazione sia formale, e contenga l'enunciazione della causa sua.

Imperocchè dolo c'è stato in realtà dalla parte dell'uomo; or se questo dolo, per avere dato occasione ad un contratto immorale, cioè ad un consenso immorale della donna, non può farsi valere coll'azione del contratto, non cessa però di generare un obbligo di coscienza, e, a mio credere, gli obblighi di coscienza sono le sole obbligazioni naturali possibili nel diritto odierno, cui possa applicarsi l'art. 1237 del Codice civile.

Il fin qui detto riguarda l'azione di risarcimento della seduzione mediante promessa di matrimonio, prescindendo dalle conseguenti gravidanza e procreazione. Ma egli è chiaro che la quistione della seduzione mediante promessa di matrimonio, in tali termini posta, ha ben poca, anzi quasi nessuna importanza pratica. Imperocchè, ove la seduzione, mediante promessa di matrimonio, non sia stata seguìta da gravidanza e da procreazione, non è quasi mai supponibile che venga fatta valere dalla donna; ciò che essa crederebbe di poter conseguire coll'adire i tribunali, sarebbe manifestamente, quasi sempre, vantaggio incomparabilmente minore del danno che ne risentirebbe nella sua riputazione, e quindi in tutta la sua esistenza morale e materiale. È quella una quistione meramente accademica, benchè raglion voglia, e il FADDA ha il merito di averlo avvertito, che la si consideri a parte, e per prima, quando si discute del diritto di risarcimento della donna resa madre in sèguito a dolosa promessa di matrimonio.

Il danno causato da seduzione mediante falsa promessa di matrimonio, del quale suolsi discutere nella giurisprudenza pratica, è il danno della gravidanza e del parto, cioè sono le spese occasionate alla sedotta da tali fatti e poi quelle del mantenimento della prole. Talvolta, e a buon diritto, vi si aggiunse l'ammontare del danno materiale conseguente alla peggiorata condizione sociale, cioè alla scemata o scomparsa possibilità di un onorevole collocamento della sedotta.

Da quale punto di vista i fautori del risarcimento della donna sedotta e resa madre mediante falsa promessa di matrimonio, ritengano giustificata in diritto civile la relativa azione, io ho detto sopra, ed ho criticato il comune loro pensamento in proposito. Per me la prevalente dottrina intorno all'ammissibilità di tale azione è da condannarsi e rifiutarsi senza bisogno di altre considerazioni, per il solo, e primo e principalissimo motivo, che, a mio avviso, essa è inconciliabile con fondamentali canoni del di-

ritto dell'obbligazione, e, propriamente, dell'obbligazione contrattuale.

Pur nondimeno è anche valida conferma della tesi da me propugnata, l'essere l'azione in quistione, resa impossibile dall'articolo 189 del Codice civile, il quale vieta la ricerca della paternità.

Anche su questo punto è ben naturale che io mi trovi in contraddizione coi fautori dell'azione di risarcimento in discorso. Essi sono concordi nel ritenere che l'art. 189 Cod. civ. non faccia ostacolo alla condanna del dimostrato seduttore con falsa promessa di matrimonio a risarcire alla sedotta il danno di averla resa gravida e madre di prole illegittima.

Riprodurrò su tal proposito le parole di Demolombe e di Marcadé, che furono poi in Francia e in Italia ripetute da molti altri, o tradotte in parole equipollenti.

Dice il Demolombe nel luogo mentovato sopra, e avvertito dal Giacobone (*op. cit.*, p. 123):

" Altra cosa è la ricerca della paternità, promossa dal figlio, o in nome di questo, onde far constatare la sua figliazione e conseguirne gli effetti contro colui che egli pretende essere suo padre, e altra cosa l'azione promossa dalla donna per la riparazione del danno cagionatole da un uomo sulla fede di una promessa di matrimonio, che poscia egli ha presa a gabbo. Tutti gli elementi di fatto possono allora prendersi in considerazione, e quindi provarsi, senza eccettuare il punto di sapere se colui, che oppone alla donna la sua gravidanza per abbandonarla, non ne sia autore egli stesso ".

E il Marcadé (*Revue de jurispr.*, III, p. 203): " la precauzione da prendersi (nel giudizio di risarcimento in quistione) sarà di lasciar passare i fatti, senza dar loro la propria loro qualifica, di ammettere la cosa, eliminando la parola; piena latitudine per le cose, che i giudici esamineranno e apprezzeranno in tutte le loro circostanze, per attribuire coscienziosamente alla vittima tutta la riparazione che le sia dovuta a' termini dell'art. 1382; massima riservatezza nei termini, in guisa da non scrivere negli atti della procedura, e, principalmente nelle sentenze, nulla che racchiuda attribuzione di paternità, divietandolo l'art. 340. Si parlerà della seduzione della donna per opera dell'uomo, dei rapporti intimi che furono tra essi, della perdita di considerazione che l'uomo ha

cagionato alla donna, dell'avvenire di cui l'ha privata, dei danni che le ha recati; ma si avrà cura di non precisare in nessun luogo che egli fu l'autore della maternità, che per opera sua ella è incinta, che egli fu l'autore della gravidanza, attesochè codeste *precisioni* non sono altro che affermazioni di paternità „.

Come ho detto, tutti gli altri scrittori e giudicati francesi e italiani citati sopra, e favorevoli alla tesi del risarcimento extracontrattuale della donna sedotta e resa madre mediante dolosa promessa di matrimonio, ragionano in sostanza come il Demolombe e il Marcadé. Per esempio, nella citata sentenza della Corte di Genova, 30 aprile 1889, si legge: " la risposta affermativa alla interpellanza se il rispondente conobbe la interrogante e la rese madre, non può identificarsi col vero e proprio riconoscimento di figlio naturale „; e quella della Corte di Brescia, 4 maggio 1886: " l'art. 189 osta soltanto ad una vera e propria declaratoria di paternità „, e tutte le altre sentenze, che vennero alla medesima conclusione delle precedenti, si fondano sulla medesima distinzione.

Non mancano però autorevoli dissenzienti da tale dottrina. Tali sono in Italia: Gianzana (trad. del Laurent, App. III al libro IV, pp. 241-49, Milano, 1880), Manaresi (*Foro it.*, 1886, p. 34), Cattaneo e Borda (*Cod. civ. comm.*, 1887, vol. I, p. 173, vol. II, p. 859), il Fadda nel citato suo scritto. " Se la legge, dice per esempio il Fadda (p. 609), vieta la ricerca della paternità, senza distinzioni o limitazioni; se le ragioni per cui la si esclude sussistono non meno nei rapporti colla madre, che nei rapporti colla prole, come possiamo ammetterla, sia pure al solo scopo di attribuire danni alla madre? E pare conforme all'equità, e rispondente allo spirito della nostra legge, escludere le indagini nei rapporti col figlio, incolpevole, e degno perciò di ogni riguardo, ed ammetterla per contro nei rapporti colla madre, che, per quanto sedotta, per quanto ingannata, non è scevra di colpa? „.

A codesti giureconsulti io mi associo. Per me pure la distinzione fra dichiarazione di causata gravidanza e dichiarazione di paternità, fra dichiarazione di paternità naturale *ex professo* e dichiarazione incidente in un giudizio di danni, e semplice mezzo a questo giudizio, sono irrazionali, non si reggono affatto di fronte al categorico disposto dell'art. 189 Cod. civ. Come l'oggetto del giudizio non è la seduzione, pura e semplice, mediante dolosa pro-

messa di matrimonio, ma il danno della seduzione medesima, consistente nell'illegittima gravidanza e procreazione, è la seduzione cioè, in quanto e solo in quanto è causa di gravidanza e di parto, parmi chiaro che la relativa azione è, in sostanza, un'azione di paternità naturale, di cui vien mutilato l'effetto, riducendolo al solo risarcimento della donna sedotta e resa madre, e col nome d'azione di danni dati colla seduzione. Come può infatti il giudice persuadersi della causata gravidanza, ove il convenuto neghi di esserne causa, se non con opportuni mezzi di prova; e qual prova è questa, se non della paternità illegittima? E in qual legge troverà il giudice additati i mezzi di una prova che la legge assolutamente divieta? Che se il convenuto, interrogato dal giudice, ammette di essere stato causa della gravidanza, ammette la paternità sua, vi ha qui, a mio credere, un vero riconoscimento di prole naturale, ai sensi dell'art. 181, benchè qualche tribunale lo abbia negato. Ma che ad interrogatorio si possa sottoporre il seduttore convenuto, io nego, appunto perchè è questa una indagine di paternità, che può mettere capo ad un formale riconoscimento. Che se il seduttore avesse stragiudizialmente e in forma privata ammesso di essere stato causa della gravidanza, l'asserita azione di danni potrebbesi ancora promuovere? I giureconsulti, che io combatto, devono certamente rispondere di sì, ma in tale caso l'asserita azione di danni sarebbe ancor più manifestamente un'azione di paternità, cioè di prova di questa, poichè non d'altro si tratterebbe se non di far valere quella privata dichiarazione, cioè di dimostrarne e confrontarne la serietà e l'attendibilità.

Onde vincere codesti gravissimi obbietti i giureconsulti che io combatto ricorrono a dei sofismi. O essi argomentano la natura dell'azione dallo scopo a cui questa serve, oppure fanno ancor peggio: credono cioè che la natura giuridica vera e propria dell'azione possa sparire in virtù soltanto di una *restrizione mentale.* Le distinzioni da essi adoperate si risolvono nell'uno o nell'altro degli anzidetti sofismi; il primo dei quali contraddistingue, dirò così, la scuola del Demolombe, e il secondo distingue, dirò così, la scuola del Marcadé.

Si dice: altra cosa è la ricerca della paternità promossa dal figlio, o in nome di questo, onde far constare la sua filiazione o ottenerne gli effetti contro l'uomo che egli pretende essere suo padre, altra cosa l'azione di risarcimento promossa dalla donna,

madre illegittima, per la riparazione del danno cagionatole da chi la rese tale mediante una falsa promessa di matrimonio. Ma come la seconda azione ha per primo e immediato suo oggetto la dichiarazione che l'uomo convenuto fu causa della gravidanza, essa non è sostanzialmente diversa dalla prima; soltanto lo scopo ultimo non è lo stesso nelle due azioni, ma lo scopo ultimo, o il motivo di una azione giudiziale, o di un negozio giuridico, non decidono di per sè soli della vera indole di questi. Del resto non è neppur vero che lo scopo ultimo delle due azioni sia del tutto diverso. La madre che vuole sia dichiarato un tale padre della sua prole, agisce, voglia o non voglia, sappia o non sappia, anche nell'interesse del figlio, e di fatto, se non apertamente, anche in nome di questo, appunto perchè il fatto che essa vuol dimostrare è uno solo, e soltanto presenta, per dir così, due diverse faccie, e due interessi che si confondono in uno. E che in base ad una sentenza, la quale dichiara il diritto a risarcimento della donna resa gravida per via di dolosa promessa di matrimonio, non possa la prole domandare e ottenere che la paternità illegittima del condannato al risarcimento risulti anche dai registri dello Stato Civile, lo devono ammettere coloro i quali opinano che a quella condanna non osti l'art. 189, ma non se ne possono persuadere coloro i quali piuttosto alla realtà delle cose pongono mente che alle parole intese a mascherarla.

Si dice: ci vogliono precauzioni, far passare la cosa senza chiamarla col suo nome; si parlerà di seduzione, di perduta considerazione, di avvenire sciupato, di danni procacciati, ma senza dir mai che il seduttore cagionò la gravidanza. A che serve tutto questo discorso, se non a render chiaro che i sostenitori della tesi che io combatto hanno bisogno di rappresentarla a sè medesimi ed agli altri quale essa non è veramente? Per me il passo riportato sopra del MARCADÉ, mentre è rappresentazione sincera, e anche troppo sincera, del procedimento seguìto da lui e da tanti altri nel propugnare la tesi in questione, è la condanna più manifesta e più autorevole che se ne possa fare. Se in realtà è l'autore della gravidanza che si ricerca, è la responsabilità della gravidanza il fondamento dell'azione e della pronunzia di risarcimento, e di tutto ciò si conviene, a che serve dissimularlo? È forse la dissimulazione un argomento, un elemento di dimostrazione? Una *restrizione mentale* può forse valere una distinzione intellettuale,

scientifica? Se, come confessa il Marcadé, la *precisione* del discorso dei sostenitori della tesi in quistione è una *affermazione* di paternità, devesi certamente quella tesi ripudiare in nome della scienza, la quale, se non è chiara e precisa, non è.

Anche in Francia, come ho già notato, non mancano giureconsulti che ripudiano la tesi di Demolombe, Marcadé, Laurent e altri molti, la tesi prevalente anche in quella giurisprudenza; la ripudiano cioè in nome dell'art. 340 del *Code civil*, rispondente al nostro art. 189.

Coulet et Vannois (*Étude sur la recherche de la paternité*, Paris, 1880, p. 109), benchè fautori della ricerca della paternità, osservano che, dato l'art. 340, l'azione della sedotta e resa madre mediante dolosa promessa di matrimonio, contro il seduttore, è inammissibile. " Il giudice, essi dicono, comincia con constatare la filiazione della prole, e dice poi che ciò che ha fatto non viola l'art. 340! Ma sì, è un violare l'art. 340, imperocchè questo articolo si oppone non solo alla ricerca della paternità, ma altresì alla costruzione di una qualunque prova autentica, allorchè il padre non ha volontariamente riconosciuto il figlio ".

Altrettanto esplicito è il Bertauld, Procuratore generale presso la Cassazione di Parigi. Egli non esita a chiamare " contraria ai testi delle nostre leggi " la giurisprudenza prevalsa in Francia circa il risarcimento delle donne sedotte e rese madri mediante dolosa promessa di matrimonio (*Ib.*, p. 87).

Appena merita considerazione l'argomento addotto da qualche Tribunale, come per es., dalla Cassazione di Torino, nella citata sentenza 11 ottobre 1887, contro il carattere assoluto del divieto della ricerca della paternità, che anche l'art. 190, dopo avere dichiarato in generale " ammesse le indagini sulla maternità ", soggiunge che " il figlio, il quale reclama la madre, ecc. ", e con ciò restringe al figlio tali indagini. A quest'ultima affermazione risponde bene il Fadda (*loc. cit.*, p. 609), essere del tutto gratuito che le indagini della maternità non possano essere fatte, e la prova, contemplata dall'art. 190, non possa essere esibita che dal figlio.

Nè, per converso, può menomamente giovare alla tesi che io propugno l'art. 54 del Codice civile, pur da taluni a quest'uopo invocato. Imperocchè questo articolo ha di mira la promessa di matrimonio, per sè medesima e per sè sola considerata, e non può

riferirsi alla promessa dolosa, a scopo di seduzione. Chi propugna la tesi del risarcimento del danno dato mediante falsa promessa di matrimonio, argomenta dal dolo e non dalla promessa, argomenta cioè dall'uso fatto della promessa allo scopo di ingannare la donna e sedurla.

Piuttosto io osserverei che la tesi da me combattuta era più facilmente sostenibile, almeno in quanto essa invoca l'art. 1151, e almeno limitatamente alle donne inferiori ai diciotto anni, vigendo il Codice penale sardo-lombardo, che non lo sia vigendo il Codice penale attuale. Imperocchè, come ho già avvertito sopra, il primo Codice all'art. 500 reputava reato la seduzione della minorenne non diciottenne, e quindi impediva di riscontrare nella seduzione mediante falsa promessa di matrimonio, un contratto. La quale disposizione non venne riprodotta nel Codice penale del 1889. Di fronte a questo Codice egli è impossibile ravvisare in quella seduzione altra cosa che un contratto, e quindi tentare di applicarvi l'art. 1151 (1). Epperò male si adducono contro la tesi mia, cioè contro la prima parte di essa, concernente l'applicabilità dell'art. 1151, giudicati emanati prima dell'attuazione del nuovo Codice penale, fra i quali giudicati sono i due tanto spesso citati della Cassazione di Torino, 28 marzo 1881 e 11 ottobre 1887.

Si è domandato se in base a sentenza, la quale condanna un uomo a risarcimento di donna sedotta mediante falsa promessa di matrimonio, e resa madre, possa il figlio di lei domandare al seduttore gli alimenti, invocando l'art. 193 del Codice civile.

A questa domanda è stata data più di una risposta affermativa. La propugna, per es., il CAUTELA nella *Giur. it.* (1893, I, 2, 359), e l'accolse la Corte di Genova nella citata sua sentenza 30 aprile 1889.

A mio avviso, codesta illazione dalla dottrina dominante intorno alla seduzione mediante falsa promessa di matrimonio, è riprova della fallacia di questa. Gli alimenti non si possono assegnare al

---

(1) Soltanto per una minorenne inferiore ai sedici anni la seduzione mediante dolosa promessa di matrimonio può reputarsi reato, *stupro mediante seduzione*, di fronte all'art. 335 del vigente Codice penale italiano. È questa l'opinione del valente criminalista prof. G. Napodano, da me interpellato. Ed egli adduce a conferma di questa opinione una sentenza della Cassazione romana, 16 gennaio 1890 (*Riv. pen.*, XXXI, 606).

figlio naturale non riconosciuto, se non in uno dei casi contemplati dall'art. 193. Ciò posto, sia che in sèguito a condanna per seduzione mediante falsa promessa di matrimonio adducasi la risposta affermativa del seduttore all'interrogatorio, sia che adducasi la stessa sentenza che dichiara la seduzione causa di gravidanza, onde poter invocare l'alinea 3°, oppure l'alinea 1°, dell'art. 193, sempre si viene a riconoscere implicitamente che le prove addotte nel processo e la sentenza condannatoria contengono dimostrazione, dichiarazione del fatto dell'illegittima paternità. Che i giureconsulti, che io censuro, si compiacciano di scorgere un semplice *risultare* la paternità illegittima, a termini dell'art. 193, mentre di aperta e diretta affermazione di essa piuttosto è a parlare, è una concessione codesta che essi fanno a sè medesimi soltanto, ma non muta per nulla la realtà della cosa.

Conchiudo col dirmi pienamente convinto delle erroneità della dottrina dominante in Italia e in Francia circa gli effetti giuridici della seduzione mediante falsa promessa di matrimonio. Ma non è questo il solo giudizio che io creda doversi portare intorno alla medesima.

Non parmi cioè da deplorarsi dal punto di vista pratico quella dominante dottrina, come lo è dal rigoroso punto di vista giurisprudenziale. I tribunali hanno voluto e vogliono, in sostanza, far forza alla legge in nome, più ancora che di una manifesta equità, di vera e imperiosa giustizia. Lo riconobbe anche l'Ancelot, Procuratore generale a Lione (Millet, *op. cit.*, p. 99), favorevole egli pure a quella dottrina: *la magistrature n'est pas seulement une haute policière, gardienne de la paix publique, régulatrice du mien et du tien. Il est vrai de dire qu'elle a charge d'âmes; à elle de sanctionner les principes moraux dans ses décisions civiles.* Veramente non credo che per questo nobile scopo i tribunali possano disconoscere e disapplicare la legge scritta; ma quando si vedono così operare, onde far quella giustizia dei seduttori di donne oneste, che la legge pur troppo non consente, bisogna pur inferirne essere ormai tempo che l'immorale divieto della ricerca della paternità venga cancellato dalla legislazione italiana, e da quella di tutte le civili e cristiane nazioni.

Del risarcimento del conduttore nella espropriazione per causa di pubblica utilità.

È assodato nella nostra giurisprudenza che il conduttore di uno stabile espropriato per utilità pubblica possa pretendere dallo espropriato risarcimento del danno patito per la rottura del suo contratto. Vedasi infatti: Cassazione di Torino, 28 febbraio 1889 (*Mon. Trib.*, 1889, 396); 23 luglio 1882 (*Giur. it.*, 1882, 1, 731); 19 giugno 1882 (*La Cass. di Torino*, 1882, II, 149); 5 gennaio 1881 (*Giurispr.*, 1881, 409); Cassazione di Napoli, 9 luglio 1888 (*Gazz. Proc.*, XXII, 487); Corte d'Appello di Napoli, 16 dicembre 1887 (*La Legge*, 1888, II, 528); Corte d'Appello di Torino, 22 gennaio 1886 (*Giurispr. It.*, 1886, II, 242); Corte d'Appello di Milano, 28 gennaio 1888 (*Ib.*, 1888, II, 170); Corte d'Appello di Roma, 14 luglio 1886 (*La Legge*, 1886, I, 738); Corte d'Appello di Brescia, 6 ottobre 1876 (*Foro it.*, 1877, I, 106); Corte d'Appello di Firenze, 4 maggio 1868 (*Ann. di giur.*, 1868, II, 197); 18 giugno 1872 (*Ib.*, 1872, II, 394); Corte d'Appello di Bologna, 25 marzo 1892 (*Giur. it.*, 1892, I, 2, 478). Ed anche i motivi, addotti in tutte queste sentenze, sono sostanzialmente gli stessi.

Non sono invece concordi le opinioni dei nostri giureconsulti circa il diritto del conduttore di essere risarcito dallo espropriante. Ammisero infatti l'azione di risarcimento del conduttore contro l'espropriante lo stabile locato: Cassazione di Torino, 24 agosto 1876 (*Giur. it.*, 1876, I, 802); Cassazione di Napoli, 19 gennaio 1885 (*Foro it.*, 1885, I, 294); Corte di Trani, 6 dicembre 1883 (*Ann. di giur.*, 1884, 2, 198); Corte d'Appello di Torino, 9 maggio

1879 (*Giur. it.*, 1879, II, 850); Corte d'Appello di Napoli, 23 dicembre 1867 (*Ann. di giur.*, 1868, 2, 579); Tribunale di Milano, 21 febbraio 1871 (*Mon. trib.*, 1873, 406); Tribunale di Genova, 5 giugno 1866 (*Gazz. trib. di Genova*, 1866, I, 657); la negarono invece: Cassazione di Torino, 5 febbraio 1881 (*Giurispr.*, 1881, 309): 19 giugno 1882 (*La Cassazione di Torino*, 1882, II, 149); 28 febbraio 1889 (*Mon. trib.*, 1889, 396); Corte di Milano, 25 gennaio 1888 (*Giur. it.*, 1888, II, 170); Corte di Brescia, 6 ottobre 1876 (*Foro it.*, 1877, 1, 106).

Ed anche gli scrittori nostri non sono concordi in quel punto benchè maggiore sia il numero dei partigiani dell'opinione affermativa. Fra gli altri, sono di questo avviso Pacifici-Mazzoni (*Trattato delle locazioni*, pag. 184) e Sabbatini (*Comm. alle leggi sulla espropriazione per pubb. util.*, 2ª ediz., vol. 2°, pag. 171 e segg.), e del contrario avviso è il Ricci (*Tratt. di dir. civ.*, volume VIII, pag. 131). In Francia tale è pure l'avviso di Laurent (*Comm.*, vol. XXV, pag. 405), e di tutti gli scrittori intorno alla espropriazione per pubblica utilità, come p. es., di Delalleau e Jousselin, di Sabatier, di Herson, di De Peyronny e Delamarre (v. Sabbatini, *l. c.*, pag. 177), e di Dalloz (*Rép.*, *Expropr. pour util. publique*, pag. 611). Nell'Italia stessa, vigendo le anteriori legislazioni, il diritto del conduttore di essere indennizzato dall'espropriante era stato ammesso da Accame, commentando la legge sarda 6 aprile 1839, il cui articolo 22 risponde appieno all'articolo 27 della legge italiana 25 giugno 1865 (*Della espropriazione per pubblica utilità*. Genova, 1853, pag. 98 e 38), e dal De Bosio, in un trattato generale *Della espropriazione e degli altri danni che si recano per causa di pubblica utilità* (Venezia, 1857). Notisi poi che nella giurisprudenza dei tribunali sardi il diritto in discorso non è mai stato messo in dubbio. Veggasi, per esempio, sentenza della Corte d'Appello di Casale, 12 luglio 1856 (Bettini, 1856).

Sembra, a prima giunta, intercedere una stretta colleganza fra il discorso del risarcimento del conduttore per parte dello espropriante, e quello del risarcimento del conduttore per parte dello espropriato, e propriamente sembra tal cosa se si ha riguardo al modo in cui da taluni si ragiona intorno al primo di quei due risarcimenti. Il Sabbatini, p. es., afferma (*l. c.*, pag. 170 e 599) che il risarcimento del conduttore è un diritto scritto nell'art. 27 della legge 25 giugno 1865, dove si parla dei conduttori insieme

agli usufruttuari e ai proprietari diretti, ma è un diritto che il conduttore non può far valere direttamente sul prezzo di espropriazione, perchè l'art. 52 non annovera i conduttori fra le persone cui attribuisce tale facoltà; onde è giuocoforza che il conduttore si rivolga direttamente allo espropriante. Ora, a me pare che, ragionando in questo modo intorno al risarcimento del conduttore per parte dello espropriante, non si possa logicamente escludere lo stesso risarcimento per parte dello espropriato. Se infatti si deve ritenere che l'art. 27 della legge 25 giugno 1865, facendo allusione ai conduttori, consideri in questi non soltanto il diritto che per avventura abbiano per titolo di frutti pendenti, o di migliorie fatte nel fondo, ma anche il semplice diritto di rimanere nello stabile locato, non può essere dubbio che non meno per questo secondo titolo che pel primo essi possono agire contro i proprietari espropriati, poichè l'art. 27 dice che tutte le persone in esso accennate *sono fatte indenni dallo stesso proprietario*. Risponde SABBATINI che lo espropriato non ha obbligo di risarcire il conduttore pel semplice titolo dello sfratto, se non in quanto l'indennità del locatore per questo titolo sia stata compresa nel compenso da lui stipulato. Ma io replico: se lo espropriato aveva obbligo di comprendere anche il risarcimento in questione nella propria complessiva domanda di indennità, ciò basta perchè il conduttore possa poi agire per lo stesso titolo contro di lui; chè se per avventura ei non avesse stipulato anche per il conduttore, mancando al dover suo, non sarebbe questo un motivo perchè il conduttore perdesse in suo confronto quell'azione. O si vorrà forse ritenere che l'art. 27, nel suddetto modo interpretato, dia una semplice facoltà, e non imponga un obbligo al proprietario a beneficio del conduttore? Sarebbe strana idea codesta, perchè davvero una facoltà a tutto vantaggio altrui, non si capisce; è un inconcepibile giuridico. Non è dunque fondato, chi interpreta l'art. 27 nel detto modo, a negare l'azione di risarcimento del conduttore contro l'espropriato; per lui, codesta azione deve rimanere per lo meno un punto di quistione.

Anch'io però sono d'accordo che il diritto del conduttore a risarcimento per titolo di sfratto in sèguito ad espropriazione per pubblica utilità, non può essere fatto valere contro il locatore espropriato, ma soltanto contro l'espropriante. E ciò, sia per la ragione universalmente addotta, dalla Corte di Bologna, e da tante

altre Corti, che l'espropriazione per pubblica utilità è un fatto di forza maggiore, una disparizione o distruzione della cosa, che in virtù dei generali principî del diritto (art. 1226, 1578 Cod. civ.) proscioglie il locatore da ogni responsabilità verso il conduttore; sia perchè io non intendo affatto l'art. 27 della legge 25 giugno 1865 nel modo propugnato da SABBATINI. Per me l'art. 27 non contempla, nè può contemplare, i conduttori, se non in quanto costoro abbiano anch'essi un *qualche diritto sugli stabili*, come dice in generale l'articolo medesimo. Altrimenti bisognerebbe attribuire al legislatore una soverchia improprietà di linguaggio, facendogli rappresentare il diritto del conduttore come un *jus in re*. Solo eventualmente il conduttore può avere un diritto sullo stabile, in quanto cioè egli abbia lasciato frutti pendenti, oppure abbia migliorato il fondo; imperocchè i frutti pendenti sono in pari tempo accessori del suolo e proprietà del conduttore, e le migliorìe, sebbene, ove non ci sia contrario patto, costituiscano un mero titolo di credito del conduttore, per essere però immedesimate col fondo, se non possono imprimere carattere di reale al diritto del conduttore, può tuttavia non senza fondamento ritenersi che il legislatore abbia voluto alquanto impropriamente comprenderle nella generica espressione *diritto sugli stabili*. All'infuori di questi due titoli di risarcimento, per frutti pendenti e per migliorìe, non è possibile attribuirne altri al conduttore, a cui applicare l'art. 27. In particolare non può affatto riferirsi questo articolo al risarcimento del conduttore per semplice titolo di sfratto. E come potrebbe ciò essere, se, a detta del SABBATINI medesimo (*Ivi*, pag. 167), non potrebbe per quel titolo il conduttore fare opposizione all'indennità a termini dell'art. 54? E ciò perchè, egli giustamente osserva, questa opposizione, o impugnativa dell'indennità, è limitata a coloro che hanno *diritti reali* sul fondo espropriato. Infatti l'articolo 54 non può avere di mira altre persone che quelle contemplate all'art. 52, in cui si parla di *azioni esperibili sui fondi soggetti ad espropriazione*, fra le quali azioni non vi ha certamente quella del conduttore ad essere risarcito per il semplice fatto della rottura del suo contratto. Ma l'art. 52, osservo io, si collega alla volta sua coll'art. 27; cioè, le persone a cui si riferisce il primo, non possono essere che quelle stesse a cui si riferisce il secondo; e dunque, non maggiormente l'art. 27, che l'art. 52, può riferirsi alla detta azione di risarcimento del conduttore di uno

stabile espropriato; e se l'art. 27 annovera i conduttori, non può avere di mira in questi, come ho già osservato, altri diritti ed azioni di risarcimento fuorchè quelle per titolo di frutti pendenti o di migliorie del fondo, le quali azioni si possono in qualche modo, se non reputare *reali*, avvicinare però alquanto alle azioni *reali* propriamente dette.

Sono dunque affatto distinte le due questioni circa il diritto a risarcimento del conduttore dello stabile espropriato per causa di pubblica utilità in confronto del locatore espropriato, e in confronte dello espropriante. Ed io che pur nego il primo diritto, sono invece dall'avviso di coloro che ammettono il secondo.

E per giustificare questa opinione reputo necessario anzitutto determinare l'oggetto del risarcimento in questione.

Per consenso di tutti gli scrittori francesi, e degli italiani sopra ricordati, specialmente del SABBATINI (*l. c.*, pag. 180 e segg.), il risarcimento in quistione ha per oggetto il danno materiale subìto effettivamente dal conduttore, sia per ciò che egli è costretto a lasciare, senza arricchimento del locatore, lo stabile abbandonato, sia pel deperimento delle cose che egli asporta, e che non si possano adattare tali quali nei nuovi locali, sia, ove si tratti di commerciante o di esercente, per sospeso traffico durante l'improvviso trasloco, ed anche per scemata clientela, o cessata possibilità d'avviare il medesimo commercio in altro luogo. Parecchi scrittori francesi aggiungono altresì come titolo di risarcimento le spese del contratto rescisso, comprese quelle di registro.

Or che giustizia, e propriamente natural giustizia, voglia il risarcimento di tutti i danni anzidetti, parmi che non sia d'uopo dimostrare. Ed è l'espropriante, e non altri che questi, obbligato a prestarlo, perchè la espropriazione per pubblica utilità, se è forza maggiore per il locatore espropriatore e per il conduttore, è invece fatto volontario per l'espropriante, autorizzato bensì dalla legge, ma a tutto suo proprio vantaggio, il quale non può venir conseguito col danno altrui. Ma codesta esigenza della naturale giustizia può ella assumersi come vero obbligo civile a termini e in virtù della legge sulla espropriazione per pubblica utilità?

Ogni giureconsulto italiano comprende subito la difficoltà di questa quistione, al pensare che essa è analoga a quella che si fa nella nostra giurisprudenza circa il risarcimento dei cosidetti

danni personali subìti dallo stesso proprietario in conseguenza della espropriazione per pubblica utilità. Che anzi le due quistioni ne formano una sola, imperocchè il proprietario che abiti in tutto od in parte il suo stabile urbano, può accampare in confronto dell'espropriante le medesime pretese di risarcimento, per essere costretto a trasmigrare altrove, che accamperebbe un conduttore, totale o parziale, dello stabile medesimo. Ed infatti coloro che propugnano il risarcimento dei danni personali dello espropriato per pubblica utilità, non esitano a comprendere anche l'anzidetto fra i titoli di quello, se la espropriazione cada su di uno stabile urbano abitato in tutto od in parte dal proprietario. Non è quindi possibile propugnare il risarcimento in discorso del conduttore di uno stabile espropriato, se in pari tempo non si propugna la più generale tesi del risarcimento dei cosidetti *danni personali* recati dall'espropriazione per pubblica utilità allo espropriato; ma che questo secondo risarcimento sia dovuto, non è soltanto questione nella giurisprudenza nostra, ma è anche questione risoluta negativamente dalla totalità dei giudicati che vi si riferiscono. Questi propugnano invece la tesi: non doversi allo espropriato per pubblica utilità altro che il *giusto prezzo* dello stabile in cui cade la espropriazione. Così infatti sentenziarono, per esempio: Corte di Appello di Roma, 28 dicembre 1887 (*Foro it.*, Rep. 1887, voce *Espropriazione per pubblica utilità*, n. 51-58); 18 luglio 1888 (*Ib.*, n. 39-40); Corte di Venezia, 19 agosto 1884 (*Ib.*, n. 21-22); Cassazione di Roma, 20 luglio 1886 (*Ib.*, n. 61-64); Cassazione di Napoli, 28 febbraio 1889 (*Ib.*, Rep. 1889, voce suddetta, n. 51-82); 29 aprile 1889 (*Ib.*, n. 56). È grave davvero codesta unanimità! Ed anche i nostri scrittori pensano a quel modo, ad eccezione del solo Sabbatini (*op. cit.,* vol. I, pag. 224 e segg.).

Eppure la tesi contraria è manifestamente voluta anch'essa dalla giustizia naturale! Se infatti questa esige che lo espropriato sia tenuto pienamente indenne dei pregiudizievoli effetti della espropriazione per pubblica utilità, non vi ha distinzione da fare fra il rimborso del prezzo dello stabile toltogli, e il risarcimento degli altri danni che gli abbia causato la espropriazione. I quali danni possono talvolta essere anche grandissimi; si pensi, p. es., soltanto alla possibile perdita delle pigioni o dei fitti dello stabile per tutto il periodo della procedura di espropriazione anteriore al pagamento della indennità. L'Herson (*De l'espr. p. cause d'utilità*

publ., pag. 113) vi aggiunge anche il risarcimento delle spese di comunicazione e di chiusura in caso di parziale espropriazione di un fondo rustico, e le spese di sloggio, e le spese per le notifiche prescritte dalla legge. E molti altri francesi giureconsulti vi aggiungono pure, come ho detto sopra, i deperimenti di cose, i lucri perduti in caso di espropriazione di uno stabile urbano abitato dallo stesso espropriato. Eppure l'art. 438 del Cod. civ., e l'articolo 29 dello Statuto fondamentale del Regno, vogliono la *giusta indennità*, che è quanto dire la piena indennità dello espropriato per pubblica utilità, e queste parole, notisi bene, non avrebbero più senso, o sarebbero dimenticate affatto, collo escludere dal risarcimento dello espropriato i *danni personali*, imperocchè il *giusto prezzo* dello stabile non è risarcimento, non è indennità, è semplicemente *prezzo di compera* dello stabile medesimo, come dice espressamente l'art. 39 della legge 25 giugno 1865!

Notisi che non soltanto tutti gli scrittori francesi, interpretando una legge, che si basa in sostanza sugli stessi principî della legge italiana, ed ha servito di modello a questa, sono favorevoli al risarcimento in questione, e non soltanto la giustizia è stata interpretata in questo medesimo senso da tutte le legislazioni forestiere, come per esempio dalla legge federale svizzera 10 maggio 1850 (art. 3), dalla legge ungherese 31 maggio 1883 (art. 23), dalla legge austriaca 18 febbraio 1878 (art. 4), dalla legge prussiana 11 giugno 1874, e anche lo era stata da tutte le cessate legislazioni italiane, come, per esempio, dalla estense 10 gennaio 1848 (art. 16), dalle ordinanze napoletane 16 aprile 1808, 10 agosto 1824, dal regolamento parmense per le acque e strade 25 aprile 1821, dall'editto pontificio 3 luglio 1852 (87), ma la stessa legge sarda 6 aprile 1839, da cui più direttamente procede l'attuale legge italiana, fu sempre interpretata in quel senso, come si legge nell'Accame, *op. cit.* Sicchè il citato De Bosio, scrivendo intorno alle leggi vigenti nel 1857 in tutta Italia intorno alla espropriazione per pubblica utilità, non si perita di assumere fra gli altri fondamentali canoni, universalmente accettati, quello eziandio del pieno risarcimento di tutti i danni risentiti dall'espropriato, oltre al pagamento del prezzo dello stabile (*Della espropriazione e degli altri danni che si recano per causa di pubblica utilità*, Genova, 1859, pag. 29 e segg., pag. 201 e segg. e *passim*).

Quali ragioni si oppongono a questa tesi, e come mai tanto peso di autorità nuove scema quello assai più grande delle antiche?

In questa, come in molte altre questioni, voglionsi distinguere le vere ragioni determinanti l'opinione, da quelle che si ricercano e adducono dopo sposata una opinione, onde viemeglio convalidarla, o a guisa di rinforzo.

Per me la vera ragione determinante l'opinione che oggi domina nella giurisprudenza nostra circa il non risarcimento dei *danni personali* recati colla espropriazione per pubblica utilità, è una sola: è il silenzio della legge 25 giugno 1865 intorno a tale risarcimento.

In realtà questa legge, laddove tratta della indennità dovuta allo espropriato, non specifica altri danni che la stessa perdita della proprietà, la quale indennità chiama anche prezzo (vedi art. 28, 39, 43, e *passim*). Segnatamente l'art. 39 adducesi a sostegno della opinione dominante, il quale dice: " in caso di occupazione totale, la indennità dovuta all'espropriato consisterà nel *giusto prezzo* che, a giudizio dei periti, avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compra-vendita ".

Ma se questo è il principale argomento a favore dell'opinione dominante, pare anche a me che la giurisprudenza nostra versi sinora in una grande illusione, attribuendogli tanta importanza. Il silenzio della legge è in sostanza l'Achille dei suoi argomenti; ma quando si tratta di negare una verità evidente, un'imperiosa esigenza della giustizia, il silenzio del legislatore intorno alla medesima non può bastare a far ritenere che egli abbia voluto negarla. Occorre piuttosto una espressa affermazione contraria del legislatore, perchè si debba credere che il legislatore non ammise ciò che la evidenza richiede. E di questa negazione porgeva occasione al legislatore nostro lo stesso articolo 39; poichè dunque egli si è qui limitato ad affermare l'obbligo del giusto prezzo dell'immobile espropriato, non mi par lecito ritenere ch'egli abbia perciò solo inteso d'escludere l'obbligo di risarcimento degli altri danni, non meno effettivi, nè maggiormente imputabili allo espropriato, di quello della perdita dello stabile.

Potrebbe ancora in qualche modo dubitarsi che il legislatore avesse negato ciò di cui non fece parola nell'art. 39, se non si potesse render ragione dell'aver egli in questo chiamato indennità

il solo pagamento del *giusto prezzo* dello stabile espropriato in caso di occupazione totale. Ma una tal ragione si trova facilmente. Il legislatore aveva di mira il fatto e il momento della espropriazione; in questo momento non si presentava al suo pensiero altro danno che la perdita della proprietà, ed egli non aveva quindi occasione di applicare il concetto e l'obbligo del risarcimento ad altri danni, non ai *danni personali*, i quali, mentalmente, vengono dopo di quello. E aveva del resto ragione sufficiente il legislatore di soffermarsi specialmente su quell'elemento del danno dell'espropriato, che è la perdita della proprietà, ed era quella di dare nuove norme, come ha dato infatti, circa il modo di commisurare quel danno. Imperocchè ciò che dispone in proposito l'art. 39, differisce da ciò che disponeva la legge sarda del 1839.

Se almanco potessero i sostenitori della teoria in discorso convalidare la loro interpretazione della legge 25 giugno 1865 coi motivi di questa! Ma, lungi da ciò, i motivi di detta legge costituiscono pure un fortissimo argomento contro quella interpretazione. E ciò è già stato osservato da altri, e specialmente da SABBATINI. Il PISANELLI, autore principale della legge 25 giugno 1865, dichiarò nella sua relazione, *doversi il patrimonio dello espropriato riporre nella stessa condizione in cui era prima dell'espropriazione.* Questo proposito del Pisanelli, che deve ritenersi anche proposito della legge da lui compilata, è l'opposto della tesi in discorso, e se non è stato dichiarato espressamente dal legislatore, deve ritenersi che questi, lungi dall'abbandonarlo, intese che dovesse essere pur quello degli interpreti della legge. E ciò precisamente per le stesse ragioni per cui era stato proposito suo, cioè per ragione anzitutto dell'evidenza, e poi anche per ragione della già fatta e ripetuta dichiarazione nell'art. 438, Codice civile, e nell'art. 39 dello Statuto, i quali articoli pure non avevano bisogno di essere ripetuti e neppure richiamati, attesa la fondamentale e generale autorità loro, che il confermare era tanto superfluo, come il dimostrar l'evidente. Tacque bensì il legislatore intorno al vero e proprio risarcimento dell'espropriato al di là del pagamento del prezzo, ma questo silenzio non è già una lacuna della legge 25 giugno 1865; fu invece un proposito deliberato. Volle il legislatore cioè lasciare intieramente alla giurisprudenza il definire il vero e proprio risarcimento dello espropriato, limitando le proprie disposizioni al solo punto della determinazione del prezzo dello

stabile espropriato, che non è vero e proprio elemento d'indennità, e sul quale egli voleva dare nuove disposizioni. Menziona il legislatore bensì in molti luoghi della legge in termine generico l'indennità dovuta allo espropriato, e talvolta parla delle *indennità* al numero plurale (v., p. es., art. 130); ma appunto perchè generica è tale menzione, essa significa che il legislatore volle lasciarne all'interpretazione la concreta determinazione, perchè credette, e a buon diritto, che ai giureconsulti non mancassero norme sicure e sufficienti a tal uopo nei generali principî del diritto; sicchè l'argomentare da quel generico discorso l'intenzione del legislatore di non ammettere possibile altra indennità oltre a quella impropriamente così chiamata, del pagamento del prezzo dello stabile, sia il peggiore ubuso dell'argomento dal silenzio della legge, sia cioè un prendere a dirittura a rovescio il significato di questo silenzio, e cadere in una petizione di principio.

Vano è l'obbiettare che riveli un altro intendimento, da quello qui propugnato, negli articoli della legge 25 giugno 1865, la circostanza che la proposta di abbuono allo espropriato delle spese di sgombero, fatta dalla Commissione parlamentare, a cui fu sottoposto il progetto di quella legge, venne respinta dalla Giunta speciale. Che cosa prova codesto contro la esplicita dichiarazione surriferita del PISANELLI? Non si spiega egli invece benissimo quel fatto, riflettendo che, in vista appunto della evidente giustizia del vero e proprio risarcimento dell'espropriato, della fondatezza di questo risarcimento nell'art. 438 del Codice civile, nell'art. 29 dello Statuto, parve alla Giunta speciale un fuor d'opera il contemplare quel caso speciale di risarcimento, mentre tutti gli altri singolarmente non si contemplavano? Ha certamente creduto la Giunta speciale che il menzionare quel solo caso speciale facesse correre pericolo a tutti gli altri, epperò soppresse quella menzione in omaggio appunto ad un più generale principio, che tutti i possibili casi di risarcimento comprendeva, e che le sembrava abbastanza certo per ogni discreto e illuminato interprete della legge. Ciò ebbe ad osservare anche il BELLONO (*Note alle leggi sulle espropriazioni*, Torino, 1886, volume I, §§ 532-533).

Quanto agli argomenti, che ho chiamati di rinforzo, a favore della tesi che io combatto, agevole cosa è il dimostrarne la vanità.

Accennerò appena ad un argomento adoperato dalla Cassazione

di Napoli nella citata sua decisione 28 febbraio 1889, all'argomento cioè, che neppure nella espropriazione del debitore si tien conto di altro che del giusto prezzo dello stabile! Come se avesse qualcosa di comune una espropriazione cagionata da colui stesso che la patisce, colla espropriazione per pubblica utilità, che è immolazione del diritto del privato a quello del pubblico!

Il più forte argomento, a detta degli avversari del risarcimento dei danni personali dell'espropriato per pubblica utilità, è il famoso principio: *qui suo jure utitur neminem laedit!* Lo Stato è nel suo diritto di espropriare, dunque egli non deve compenso per eventuali danni recati allo espropriato, oltre al pagamento del prezzo della cosa espropriata! Ma non è questo che uno dei tanti abusi che si sogliono fare di quel canone, come di tanti altri canoni generali del diritto. Il detto canone riguarda i soli rapporti fra privati, e significa soltanto che, se ogni cittadino agisce nella cerchia del diritto proprio, altri non si può dolere di codesto agire suo, allegando un danno che nonostante egli ne risenta. E questo si capisce al riflettere che appunto il diritto privato mira a distribuire e armonizzare per modo le sfere dell'azione giuridica dei cittadini, che ne venga il bene di tutti e il danno di nessuno. Tanto ciò è vero, che quando per eccezione la legge consente a un individuo di spiegare la sua azione al di fuori della propria sfera giuridica, direttamente su cose altrui, non manca di obbligarlo in pari tempo a risarcire pienamente il danno che ad altri ne proviene. Veggansi gli art. 438 e seguenti, e l'art. 542 del Codice civile in materia di servitù legale d'acqua. Che se nell'ordinario commercio giuridico fra le persone, mentre nessuna di queste esorbita dalla sfera propria, accada nondimeno che un vicino risenta danno, egli è noto che la giurisprudenza moderna non reputa che il canone *qui suo jure utitur*, ecc., le impedisca di addossare la responsabilità del danno a chi ne è la causa, costituendo a poco a poco un corpo di dottrine in proposito, dal titolo di *jura vicinitatis*. E, così facendo, la giurisprudenza moderna non ha già disconosciuto il detto canone, ma lo ha invece meglio interpretato, rettificando le basi su cui esso riposa. Se ora dal diritto privato si passa al pubblico, e specialmente al diritto dello Stato di espropriare il privato per pubblica utilità, è agevole comprendere che il canone *qui suo jure utitur*, ecc., non trova più applicazione. Appunto perchè lo Stato può manomettere

la proprietà privata per utile pubblico, la relazione fra esso ed i privati non è la stessa che fra privato e privato in una società giuridicamente ordinata. Sino a qual limite possa spingersi tale pretesa dello Stato, se egli debba risarcire o no il privato espropriato, non può esser questione da risolversi coi criteri del giure privato, nè in particolare con quello più volte ricordato. È qui piuttosto il caso di applicare come regola ciò che nel diritto privato è soltanto l'eccezione: cioè deve lo Stato, il cui diritto invade direttamente e sconvolge il diritto del privato, ristabilire fra questo e sè, per via di pieno risarcimento, quella perfetta eguaglianza che è la condizione e la premessa, per cui fra privati si può dire *qui suo jure utitur neminem laedit*. In altri termini, il diritto dello Stato di espropriare per pubblica utilità, essendo un diritto eccezionale, estraneo affatto al giure privato, non gli può essere applicato il canone giuridico *qui suo jure utitur*, ecc., se prima quel diritto non sia stato in certa guisa ragguagliato ai privati diritti, accompagnandolo colla clausola del pieno risarcimento, che sola vale a renderlo compatibile col diritto dello espropriato. Senza questa clausola, quel diritto dello Stato non può neppure essere chiamato propriamente diritto da nessuno che sappia non bastare la legge a creare diritti, ma sorgere questi dalla necessità delle cose contemperata colla giustizia.

Dal fin qui detto pare a me che sia logica e fondata illazione la preferenza della tesi del pieno risarcimento dell'espropriato per pubblica utilità, come la più conforme non solo alla naturale giustizia, ma altresì al retto senso e al vero spirito della legge italiana 25 giugno 1865. E questa è appunto la mia opinione. Ho un solo compagno finora in Italia nel professarla, il SABBATINI; ho contro di me fino ad oggi tutta la giurisprudenza italiana, ma, oltre alle tante e gravi autorità di leggi e di scrittori, siano forestieri, siano italiani anteriori alla nuova legislazione italiana, si oppongono alla contraria tesi così gravi motivi razionali, così forti argomenti desunti della stessa interpretazione della legge vigente, che io non esito a reputare un *errore comune*, che *non fa diritto*, l'attuale consenso nella medesima dei giureconsulti nostri.

Ed ora ritornando al tema del risarcimento del conduttore di uno stabile espropriato, per causa di pubblica utilità, per parte dell'espropriante pel solo titolo dello sfratto, poichè, ho detto sopra,

che la relativa questione fa una cosa sola coll'altra circa il risarcimento del locatore espropriato pel titolo di essere costretto a sloggiare da uno stabile che egli stesso abitava, chiaro apparisce che la prima questione deve essere affermativamente risoluta, poichè dovrebbe esserlo la seconda, rientrando il danno del conduttore, pel detto titolo, nella categoria dei *danni personali* cagionati dalla espropriazione.

Ciò che io non capisco, si è come mai parecchi tribunali italiani abbiano ammesso il risarcimento del conduttore per parte dello espropriante pel titolo in discorso, e nessun tribunale italiano abbia invece ammesso il risarcimento dello stesso espropriato per titolo dei così detti *danni personali*. Dallo ammettere o dal negare l'un risarcimento si viene necessariamente ad ammettere o negare anche l'altro. Onde se la principale mia tesi fosse qui stata di propugnare una correzione della vigente giurisprudenza italiana in fatto di risarcimento dei *danni personali* dello espropriato per causa di pubblica utilità, mi sarei valso, come di un buon argomento, delle decisioni favorevoli all'altra tesi, che l'espropriato deve risarcire il danno personale del conduttore dello stabile espropriato. Che se invece era questa seconda tesi l'oggetto della mia dimostrazione, non è a dire però che il dedurre la seconda dalla prima non torni a vantaggio anche di questa, e non la rafforzi in pari tempo viemaggiormente.

Imperocchè, se tanto l'espropriato, quanto un avente causa da questo, possono direttamente pretendere dall'espropriante il risarcimento dei danni recati loro dalla espropriazione per pubblica utilità ne consegue che tutta la materia del risarcimento dei danni recati a chicchessia con questa espropriazione, rimane al di fuori della legge 25 giugno 1865, raccomandata ai generali principî del diritto civile, limitandosi quella legge a regolare il *giusto prezzo* dello stabile espropriato, la cui espropriazione appunto è il vero e proprio oggetto di essa. Ed ora raffigurato in codesto modo il còmpito della legge medesima, esso risponde al certo ad una razionale economia della legislazione, che distingue e separa ciò che in una data materia rimane soggetto ai generali principî del diritto, da ciò che porge occasione a speciali positive disposizioni. E meglio ancora che corollario della dottrina del risarcimento *dei danni personali* dell'espropriato, il risarcimento del conduttore è, insieme e al pari di quello dello espropriato, una conseguenza dei

generali principi del diritto intorno al danno ed al risarcimento, e del carattere o còmpito generale della legge sulla espropriazione per causa di pubblica utilità. La quale posizione assegnata ai due argomenti, alle due questioni e alle due rispettive tesi da me sopra propugnate, nel sistema del nostro diritto civile, accresce manifestamente la verosimiglianza e fortifica la persuasione di entrambe.

Della espropriazione forzata di beni dello Stato, delle Provincie e dei Comuni.

È grave questione quella del diritto spettante a un creditore, per titolo privato, di procedere a misure esecutive contro un ente pubblico-politico, cioè lo Stato, la Provincia, il Comune. Grave, perchè appunto concerne pubblici interessi, e il conflitto di questi con un altro interesse, non meno importante di quelli, e quasi pubblico anch'esso, per l'universalità sua, l'interesse cioè della tutela dei privati diritti. Ed è difficile quistione pei vari aspetti e punti di vista che presenta, e pei vari oggetti o beni a cui può riferirsi. A dir vero, oggi sembra ancor più difficile il mettere in questione l'applicazione del diritto comune alla espropriazione esecutiva dei beni patrimoniali appartenenti ai detti enti pubblico-politici, al riflettere che oramai la giurisprudenza italiana è decisamente prevalente in senso affermativo. Di fronte a questo fatto ognuno è tentato di credere che buoni argomenti in contrario non si possano addurre; ciò non è però in realtà; quella tesi non può essere accettata senza vincere gravissime obbiezioni.

In Francia e nel Belgio la questione non esiste. Pacifica infatti è in questi paesi l'opinione che contro Comuni, Provincie, Stato non si possono intraprendere misure esecutive. Lo si rileva dal Cormenin (*Quest. de droit admin.*, vol. II, p. 189), dal Foucart (*Droit publ. et administr.* ap. Luchini e Loasses, v. *sotto*), dal Lafarrière (*Droit publ. et admin. civ.*, 2 ch., 2, sect. 2, n. 1), dal Thomine Desmazures (*Proc. civ.*, n. 674, vol. 2), dal Boitard (*Proc. civ.*, vol. 2, n. 336), dal Roger (*Tr. de la séquestration*, p. 1,

n. 253), dal MERLIN (*Rép.*, *Sequestr. chez les tiers*), dal DALLOZ (*Rép.*, v. *Domaine de l'État*, n. 406). — La giurisprudenza francese è pure fissata e concorde nello stesso senso, come può rilevarsi dalle seguenti decisioni: Corte di Cassazione, 16 termidoro, anno 11 (v. MERLIN, *l. c.*), avviso del Consiglio di Stato, 11 maggio 1843 (*ivi*), Corte di Parigi, 2 marzo 1831 (*Pasicr.*, X, serie 2, p. 70), Corte di Bordeaux (*ivi*, IX, parte 1, p. 368). Vero è però che in Francia vige una legge 18 luglio 1837, la quale richiede, per la esecuzione su beni mobili e immobili dei Comuni, un'ordinanza sovrana che determini la forma della vendita.

La stessa opinione propugnarono in Italia il consigliere di Stato MANTELLINI nella sua ottima opera, *I conflitti di giurisdizione* (*ll. cc.*, pag. 135), l'avv. ODOARDO LUCHINI in una accurata monografia inserita negli *Annali di giurisprudenza italiana* (VIII; *Rivista*, p. 77-100), il regio avvocato erariale LOASSES pure in una accurata monografia, inserita nella *Riv. di giurispr.* di Trani (anno I, pag. 778 e seguenti), e riprodotta nel *Monitore dei Tribunali* (23-30 settembre 1876), il Mortara (*Comm. del Codice e di leggi di proc. civ.*, n. 161-185), e il DEGORI (*Riv. crit. a Dir. e Giurispr.* 1906). Anche la Direzione degli *Annali* si è pronunciata nel medesimo senso (V. note alla citata sentenza della Cassazione di Napoli, 17 maggio 1873).

L'opinione contraria ebbe per difensore un anonimo autore di uno scritto pubblicato nel *Monitore dei Tribunali* (10 febbraio 1866), il prof. SAREDO (V. *La Legge*, 1872, 2, 113, 115, 282), il defunto senatore VACCA nella prolusione letta alla Corte di Napoli il dì 8 gennaio 1874, il Procuratore generale alla Cassazione di Roma PESCATORE, sulle cui conformi conclusioni fu redatta una sentenza della Cassazione di Roma, 19 giugno 1876, il prof. E. BIANCHI (*Esecuzione forzata contro Stato, Provincia, Comune*, Roma, 1891), i professori MATTIROLO, BERTOLINI ed altri, ma da più di un ventennio la tesi combattuta dal MANTELLINI e da altri ha ottenuto ripetuti suffragi dai Tribunali e dalle Corti di ogni parte d'Italia.

La esecuzione forzata contro beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni fu ammessa dai seguenti giudicati: Cassazione di Roma, 19 giugno 1876 (*Giur. ital.*, 1876, I, 1, 614); Corte di Appello di Napoli, 10 luglio 1874 (*Ann. di giur.*, VIII, 2, 481), 27 aprile 1874 (*Ivi*, IX, 2, 11); Corte di Genova, 22 maggio 1876; Corte d'Appello di Roma, 2 marzo 1873 (*Legge*, 2, 180); Cassa-

zione di Palermo, 13 febbraio 1875, 3 settembre 1891 (*Giur. ital.*, 1891, 1, 651), 22 settembre 1894 (*Circ. Giur.*, 1895); Cassazione di Napoli, 7 marzo e 17 aprile 1873 (*Ann. di Giur.*, VII, 1, 314, 28); Cassazione di Torino, 2 dicembre 1890 (*Mon. dei Trib.*, 1891, 253); Corte di Milano, 26 marzo 1895 (*Ib.*, 95, 347); Cassazione di Firenze, 27 nov. 1879; Corte di appello di Napoli, 11 maggio 1867, 18 luglio 1870, 10 luglio 1874.

Il contrario dichiararono i seguenti giudicati: Supremo Tribunale di 3ª istanza di Milano, 20 aprile 1865 (*Ib.*, 1825, 144); Corte di Casale, 29 gennaio 1866 (*Ib.*, 1866, 1102); Corte di Appello di Torino, 16 maggio 1870; Corte di Catania, 2 maggio 1896 (*Boll. giur.*, 11, n. 369, pag. 111, n. 240); Corte di Macerata, 4 dicembre 1873 (*Giur. it.*, 1873, 2, 109); Corte di Ancona, 17 agosto 1874 (*Ann. di giur.*, 1874, 2, 490); Cassazione di Palermo, 15 gennaio 1875 (*Ib.*, IX, 1, 363), e 13 marzo 1875 (*Ib.*, 1, 158); Cassazione di Torino, 7 settembre 1871 (*Legge*, 1872, 2, 281); Corte di Lucca, 26 marzo 1889 (*Foro ital.*, 1889, 1, 859; Cassazione di Firenze, 16 dicembre 1889 (*Ib.*, 1890, 1, 4, 6). — E anche il Consiglio di Stato si pronunciò in questo senso in una decisione 17 marzo 1865 (*Ib.*, 1865, II, n. 14) (V. le conclusioni nel *Monitore dei Tribunali*, del 27 maggio 1876).

Per qualche tempo si potè dire col MANTELLINI (*l. c.*, pag. 136) che nella giurisprudenza italiana la tesi della *esecutibilità* dei beni in discorso, fosse tesi napoletana. Prevalsero infatti dapprima sentenze di Corti meridionali in quel senso, e ciò si poteva fino ad un certo punto spiegare col fatto di una inveterata analoga tradizione nel mezzogiorno d'Italia, la quale risaliva al diritto, vigente nell'ex-reame. Imperocchè, come si legge nella sentenza 17 maggio 1873 della Cassazione di Napoli, vigeva nell'ex-reame fino alla emanazione dei nuovi Codici una legge 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo, la quale (all'art. 28) consentiva la libera esecuzione dei giudicati sui beni dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, e in generale delle pubbliche amministrazioni, dopo tre mesi dalla intimazione fattane all'Intendenza della Provincia, e soltanto (art. 31) esimeva dal sequestro le casse pubbliche (1). Ma oggi la

(1) Questa legge regolava il contenzioso amministrativo, e attribuiva ai Consigli d'Intendenza in primo grado, alla Gran Corte dei Conti in secondo e

frase del MANTELLINI non si può più ripetere, perchè, come ho osservato sopra, la soluzione affermativa della questione si va sempre più ossendo nella giurisprudenza di ogni parte d'Italia.

Già più volte io ebbi a propugnare la esenzione dei beni patrimoniali dello Stato, della Provincia, del Comune dalle ordinarie norme della espropriazione forzata (v. *Giur. it.*, 1876, IV, 453; *Foro it.*, 1889, 1, 416 e seg., 860 e seg.; *Giur. it.*, 1803, 1, 407); venni cioè ripetutamente giustificandola di fronte ai sempre nuovi giudicati che la ripudiavano. Riassumerò ora, completerò la ragioni di questa mia persistenza in una tesi che tanti altri vanno abbandonando, affinchè anche questi possano almeno credere che il mio movente non è cieca ostinazione di amor proprio.

Anzitutto voglionsi distinguere le misure meramente conservatorie contro lo Stato, le Provincie, i Comuni, a garanzia di diritti privati in confronto di essi, dalle misure esecutive di sentenze giudiziali, pronunziate contro quei corpi morali, a soddisfacimento di quei diritti.

Dell'ammissibilità delle prime ragionarono finora la Corte d'Ancona e la Cassazione di Roma nelle citate sentenze, e il procuratore generale PESCATORE nelle pur citate sue conclusioni. Unanime è l'opinione che il sequestro conservativo non si possa ammettere a carico dei beni di nessuna specie di tutte quelle pubbliche corporazioni, a vantaggio di un privato creditore. La ragione addotta da tutti concordemente si è che rispetto a quegli enti non può mai verificarsi nessuno degli estremi, a cui è alligata la concessione del sequestro conservativo dall'art. 924 del Cod. di proced. civile, quali sono: la *fuga del debitore*, il *timore di sottrazioni*, il

---

ultimo grado, la competenza, in particolare, nelle cause promosse contro lo Stato, le Amministrazioni pubbliche, i Comuni e gli stabilimenti pubblici. Era una giurisdizione speciale bensì per l'indole delle cause sottoposte alla sua cognizione, ma ordinaria per il modo del suo procedere: e ciò spiega ampiamente G. Rocco nel suo *Corso di diritto amministrativo* (Napoli, 1854, vol. 2, p. 251 e seg.). Spettava ai giudici del contenzioso amministrativo condannare al pagamento le dette pubbliche persone, ed eventualmente a subire " vendita di mobili ed espropriazione d'immobili "; però l'esecuzione di queste decisioni spettava (art. 27) alle autorità giudiziarie ordinarie, elasso inutilmente un termine di tre mesi dalla data della comunicazione della decisione all'Intendente, v. Cassazione di Palermo, 27 febbraio 1896 (*Giur. it.*, 1896, 1, 941, e nota).

pericolo di perdere le garantie del credito. Il Pescatore ammette bensì che un sequestro conservativo *speciale* sugli *invecta et illata* si possa accordare a chi locò uno stabile ad un Comune, o allo Stato, o alla Provincia, e non ricevendo a tempo debito la pigione, si accorga invece che l'amministrazione erariale, o provinciale, o comunale sta esportando i mobili. Ciò che egli nega è l'ammissibilità di un sequestro conservativo *universale,* come egli lo chiama, cioè di un sequestro che potrebbe cadere su qualunque specie di beni patrimoniali dello Stato, della Provincia, del Comune ed anche colpirli tutti quanti.

Io sono dello stesso avviso, ma dubito assai che la ragione addottane valga a giustificarlo. Imperocchè io non vedo che rispetto alle persone pubbliche in questione non possa verificarsi almeno il terzo caso di sequestro conservativo, contemplato dal Codice di procedura civile. E di vero non può ridursi all'impossibilità di pagare anche uno Stato, e molto più una Provincia, od un Comune? Quanto allo Stato in particolare, se non se ne avessero già parecchi esempi nella storia degli Stati moderni, e per esempio della Francia al tempo di Law, e durante la grande rivoluzione, dell'Austria al principio di questo secolo, sarebbe lecito dubitarne. Or bene, se, per esempio, un Comune male amministrato, già carico di debiti, sta per ingolfarsi in debiti nuovi, di guisa che si possa con sicurezza prevedere un tempo non lontano in cui egli si troverà nell'impossibilità di far fronte ai suoi impegni, in tale ipotesi come non potranno gli antichi creditori del Comune pensare che le garantìe che, secondo i giureconsulti suddetti, consistono, anche rispetto alle persone pubbliche in discorso, come rispetto a qualunque privato debitore, nei beni di questo, giusta l'art. 1949 del Codice civile? D'altronde la scemata garantìa di cui parla l'art. 924 Codice di proc. civile, non è soltanto garantìa di pagamento in generale, ma altresì di pagamento nel tempo debito in particolare; se quindi i citati giureconsulti opinano, come pur si vedrà fra poco, potersi procedere ad espropriazione forzata contro le persone in discorso per la sola ragione che il creditore delle medesime non debba maggiormente aspettare il loro comodo di pagare, di quello che il privato creditore di un altro privato, meno ancora io comprendo come quegli non possa altresì ricorrere ad un sequestro conservativo onde affrettare il proprio soddisfacimento. E dunque, se io non m'inganno, la riferita proposizione

è poco conciliabile col disposto letterale dell'articolo 924 del Codice di proc. civile, ed è inconciliabile affatto colla dottrina dei suoi fautori intorno all'espropriazione forzata dello Stato, delle Provincie e dei Comuni. Le ragioni poi per le quali io pure non ammetto il sequestro conservativo in discorso, sono le medesime per le quali non ammetto in generale nessuna misura esecutiva, nel senso più lato di queste parole, contro lo Stato, le Provincie, i Comuni, a soddisfacimento di diritti privati di credito.

Vengo ora alla quistione principale, cioè a quella dell'espropriazione forzata delle persone in questione, a favore dei loro privati creditori.

La Corte d'Appello di Napoli nella sentenza 10 luglio 1874 ammise l'espropriazione forzata dei beni *patrimoniali* comunali di qualunque genere, nell'altra sentenza 27 aprile 1874 l'ammise rispetto alle rendite comunali d'ogni sorta, siano *patrimoniali*, siano *provenienti da balzelli*; la Corte d'Appello di Roma nella sentenza 2 maggio 1873 seguì l'opinione della Corte d'Appello di Napoli, la Cassazione di Napoli nella sentenza 17 maggio 1873 ammise il pignoramento delle rate d'affitto dovute allo Stato dai suoi affittavoli, la Cassazione di Roma in parecchie sentenze, 19 giugno 1876 (cit.), 2 luglio 1885, 9 gennaio 1886 (*Giur. it.*, 1886, 1, 238), 7 aprile 1893 (*Ib.*, 1893, 1, 407), la Cassazione di Palermo, 13 febbraio 1875, la Cassazione di Torino, 17 dicembre 1891 (*Mon. Trib.*, 1892, 280), la Cassazione di Firenze, 27 novembre 1879 (*Ib.*, 1880, 1, 241), la Corte di Trani, 18 maggio 1887, la Corte di Casale, 25 maggio 1887, la Corte di Genova, 22 maggio 1876, e la Cassazione di Palermo, 3 settembre 1891 (cit.), il Consiglio di Stato in due pareri 17 novembre 1879, 1° maggio 1880, e in una decisione 17 marzo 1868, ammisero il pignoramento dei beni *patrimoniali* dei Comuni, ma non delle rendite consistenti *in tributi destinati al pubblico servizio*. Il procuratore generale Pescatore invece l'ammette non solo quanto ai veri e propri beni *patrimoniali* dei Comuni e dello Stato, ma eziandio quanto alle rendite loro, provenienti da tasse di qualunque specie, purchè le medesime siano state espressamente vincolate in un contratto a guarentigia di un credito determinato. Egli esclude però dai beni patrimoniali soggetti ad espropriazione forzata gli edifizi destinati ad uso pubblico. E quest'ultima cosa dichiararono la Corte d'Appello di Lucca, 26 marzo 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 860), la Cassazione di Firenze, 16 dicembre 1889 (*Ib.*,

pag. 415), la Corte di Milano, 26 marzo 1895 (*Mon. Trib.*, 1895, 349), la Corte d'Appello di Palermo, 5 agosto 1894 (*Foro it.*, 1895, 1169), e la Corte di Genova, 11 dicembre 1896 (*Ib.*, 2, 72). Ammise invece la pignorabilità delle rendite tributarie e del danaro giacente nelle pubbliche casse la Cassazione di Roma in due sentenze 3 gennaio e 30 maggio 1879 nel caso celebre della sospensione dei pagamenti del Comune di Firenze, in sèguito al decreto 15 giugno 1878 del R. Delegato straordinario a quella amministrazione comunale. Recentemente la Cassazione di Palermo, con sentenza 4 giugno 1907, dichiarò sequestrabili tutte le entrate dei Comuni, anche quelle provenienti da balzelli, purchè non ne venga impedita la esecuzione del bilancio.

Manifesta è la discrepanza delle opinioni relative alla concreta applicazione della tesi generale, dell'ammissibilità, dell'espropriazione forzata dei beni patrimoniali delle persone pubbliche. È una discrepanza di opinioni che si risolve in un vario modo di determinare *i beni patrimoniali* dello Stato, delle Provincie e dei Comuni. Imperocchè tutti convengono quei giureconsulti nell'evidente proposizione che per esigere un credito privato non si possano espropriare forzatamente i beni componenti il *demanio pubblico*, sia erariale, sia comunale, che è di sua natura inalienabile, ma soltanto lo possano i beni componenti il *demanio patrimoniale*, o vero e proprio patrimonio, sia dello Stato, sia delle Provincie, sia dei Comuni (v. articoli 426, 432 Cod. civ. ital.). Ma essi dissentono nella concreta determinazione dei beni *patrimoniali*, e più particolarmente nell'assegnare piuttosto al *patrimonio* o al *demanio pubblico* le rendite erariali, provinciali, o comunali provenienti dai tributi. Che codesta discrepanza d'opinioni tolga non poca autorità alla tesi generale da cui essa è occasionata, non occorre dimostrare.

Le ragioni addotte a sostegno di quella tesi generale sono sempre le stesse in tutti i giudicati, e presso tutti gli scrittori.

Si adduce per principale ragione la parificazione delle persone morali pubbliche alle persone private quanto ai diritti civili, in virtù dell'art. 2 del Cod. civ., la quale parificazione trae seco l'applicazione, alle prime come alle seconde, dell'articolo 1949 dello stesso Codice, che dice essere i beni d'ognuno guarentigia comune dei suoi creditori. D'altra parte, si aggiunge, il Codice di procedura civile non statuisce nessuna eccezione ai principî relativi alla

esecuzione delle sentenze, in favore delle persone morali pubbliche in questione. Nè vale l'argomento che la legge comunale e provinciale obblighi in particolare i Comuni ad iscrivere nei loro bilanci le spese necessarie onde estinguere debiti esigibili, e dia all'autorità tutoria facoltà di costringerli a ciò fare, ove se ne astengano (art. 213 testo unico, 21 marzo 1908, n. 269), imperocchè questi provvedimenti non implicano esenzione dei Comuni dalla coazione giudiziaria a pagare. Sono questi provvedimenti d'indole amministrativa, aggiunti bensì a quelli del diritto comune giudiziario, ma non surrogati ad essi; che se fosse il contrario, farebbesi dipendere il diritto dei privati creditori dal beneplacito, ed anche dall'arbitrio del Comune e di chi lo tutela. Per la stessa ragione neppure le leggi amministrative, nè quelle di contabilità, che prescrivono certe formalità alle alienazioni dei beni dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, e ai pagamenti nell'interesse dei medesimi, possono fare ostacolo all'applicazione in loro confronto degli ordinari mezzi giudiziari di coattivo soddisfacimento. E neanche il disturbo, che può arrecare al pubblico servizio la distrazione delle rendite pubbliche erariali, provinciali, comunali dalla loro destinazione, è buono argomento contro l'opinione in discorso. Imperocchè è in facoltà dei corpi morali in questione il prevenire tale inconveniente non mettendosi nel caso di non poter far fronte ai proprî impegni, o di assumere debiti superiori alle loro forze. D'altra parte l'espropriazione forzata dei loro beni non accade improvvisamente, ma in sèguito a parecchi atti procedurali. Che se un Comune, per effetto di tale espropriazione, fosse realmente posto nell'impossibilità di provvedere al pubblico servizio, potrebbe lo Stato sciogliere il Consiglio comunale, e inviare un Commissario straordinario, il quale, imponendo un contributo straordinario, procacciasse i mezzi di pagamento che fanno difetto nelle casse comunali. Non sembra poi possibile (è questo un argomento del Pescatore), negare la spropriazione forzata contro lo Stato, le Provincie ed i Comuni, per titolo di un' immaginaria esenzione dal diritto comune, una volta che non si può negare, nè fu mai negata l'esecuzione forzata contro quei corpi morali per titolo di negata consegna di cosa mobile od immobile venduta dai medesimi, o semplicemente o a termine, e di cui essi neghino ingiustamente la consegna. E finalmente (è anche questo un argomento del Pescatore), invalendo nella giurisprudenza la massima

che i Comuni in particolare possano essere sottoposti alle stesse coazioni giudiziali dei privati onde far loro pagare i proprî debiti, si avrà un mezzo efficace di ricondurre un gran numero di essi a più savie regole d'amministrazione, che non sono quelle seguite ora pur troppo, da molti di essi.

Dal canto loro gli avversari della spropriazione forzata delle persone morali pubblico-politiche a' termini e nei modi stabiliti dalle ordinarie leggi di procedura, sono quasi tutti concordi nello escludere siffatta espropriazione in modo assoluto. Taluni di essi ammettono bensì potersi espropriare quei corpi morali mediante l'azione ipotecaria rivolta ad uno stabile sottoposto a ipoteca convenzionale, reputando che il contratto d'ipoteca tolga all'espropriazione del fondo ipotecato l'aspetto vero e proprio di mera coazione, e le comunichi quello dell'effettuazione di un contratto. Ma questa opinione non è seguìta dai più, ed a ragione; imperocchè, fino al momento della espropriazione, lo stabile ipotecato rimane proprietà del debitore.

Le ragioni che si adducono contro l'espropriazione forzata in quistione sono di una duplice natura. Alcune sono *intrinseche*, cioè desunte dalla pretesa natura eccezionale dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, per cui non vi si possano applicare gli ordinari principii intorno all'espropriazione forzata, altre sono *estrinseche*, cioè desunte dalla pretesa impossibilità giuridica di indurre all'obbedienza quei corpi morali, cioè le loro rappresentanze, nel modo in cui vi si riducon i privati coi solidi mezzi della coazione giudiziale.

Fra le ragioni intrinseche, la principale è quella della non commerciabilità dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni. Non si possono invero alienare, nè amichevolmente, nè in virtù di procedura esecutiva, se non beni che siano in commercio (arg., art. 1967 Cod. civ., 1°). Se ora si tratta di rendite, di qualunque genere e provenienza, iscritte nei bilanci di quei corpi morali, esse hanno per ciò solo una *destinazione pubblica*, la quale le esclude dal commercio ordinario. Ciò è tanto vero, che una volta fatto o approvato debitamente il bilancio, se trattasi di bilancio erariale, le somme destinate a certe spese non possono più essere stornate (Legge 22 aprile 1869, n. 5026, art. 39), ed anche in conformità al bilancio i pagamenti non si possono fare dalla pubblica finanza senza un ordine ministeriale, approvato

dalla Corte dei conti (*Ivi*, art. 40). Quanto poi al bilancio comunale, gli storni dei fondi, ed anche l'erogazione delle somme stanziate per le spese impreviste non si possono fare se non dal Consiglio comunale o dalla Giunta secondo i casi previsti dalla legge (Legge com. e prov. 21 maggio 1908, art. 126, 1°); in particolare, le spese del pagamento di debiti esigibili, obbligatorie ai Comuni, se non siano state inserite nel bilancio comunale, oppure se dalla Giunta non vengano pagate, dànno occasione a provvedimenti della Giunta provinciale amministrativa (*Ib.*, art. 213). Tutte le quali disposizioni implicitamente significano che il pagamento dei debiti dei corpi morali in quistione è dalla legge considerato incombenza esclusiva delle corrispondenti autorità amministrative, epperò che l'uso o la destinazione dei beni di quei corpi a tal fine, essendo stabilita e governata dalle leggi di pubblica amministrazione, è del pari pubblica e amministrativa. Se si tratta, non di rendite, ma di beni patrimoniali, fruttiferi o infruttiferi, l'esclusione dei medesimi dall'ordinario commercio giuridico è pure chiaramente statuita dalla legge. Imperocchè rispetto ai Comuni l'alienazione di beni mobili non può farsi senza il consenso della Giunta provinciale amministrativa (*Ib.*, art. 166). Quanto agli immobili poi, se appartengono al patrimonio dello Stato, non possono di regola essere alienati se non per legge; per eccezione soltanto, in alcuni casi dalle leggi enumerati, lo possono per via di decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato; nell'un caso e nell'altro le alienazioni non possono eseguirsi senza il visto della Corte dei conti (Cod. civ., art. 430; art. 13, legge 22 aprile 1869). Se invece appartengono ai Comuni, non possono essere alienati senza l'approvazione della Giunta amministrativa provinciale (L. 21 maggio 1908, art. 211, 1°). Analoghe disposizioni a tutte quelle sin qui riferite sono in vigore rispetto alle Provincie. E da tutte queste disposizioni chiaro emerge, che i beni dei corpi morali pubblici in questione non entrano nello ordinario commercio, epperò non possono alienarsi, nè amichevolmente, nè coattivamente, nei modi ordinari stabiliti dalle leggi che regolano le relazioni giuridiche fra privati (1). Un altro argomento, viene pur desunto dal Codice

(1) Per analoghe *ragioni* la Corte di Casale ritenne pure nella citata sentenza 29 gennaio 1866 (*Ann. di Giurispr. ital.*, I, 2, 41), non ammettersi espro-

di procedura civile, là dove questo esime certi beni del debitore dalla espropriazione forzata (art. 585 e segg.). Il desumere, si dice, dal silenzio di questi articoli circa i beni patrimoniali dei corpi morali pubblici in quistione, che implicitamente que' beni possano fare oggetto dell'espropriazione forzata, è un provar troppo, è un dare soverchia importanza alla lettera della legge. Se si pon mente allo spirito, oltre che alla lettera di questa, si scorge facilmente ripugnarvi affatto l'espropriazione del patrimonio sia erariale, sia provinciale o comunale. Imperocchè vi hanno talune esenzioni di beni dei privati dall'espropriazione forzata, che non si possono spiegare se non per motivi d'ordine pubblico; tali sono le esenzioni delle armi e de' bagagli degli individui ascritti al servizio militare (art. 585, 4°), degli stipendi e delle pensioni dovute dallo Stato (art. 591). Chi ora dirà ostare un minor pubblico interesse al pignoramento esecutivo dei beni patrimoniali, dai quali, p. es., un Comune ritragga una parte delle sue entrate e magari la maggiore, o anche totalmente, di che non mancano esempi in Italia? E in generale, se si pensa ai gravi inconvenienti pubblici che non può non trar seco la distrazione dei beni patrimoniali in discorso, trovinsi essi nelle casse pubbliche, o siano altrimenti posseduti e adoperati, non è possibile ammettere che il silenzio in proposito dei citati articoli del Codice di procedura civile non dipenda da altro che dal non avere il legislatore pensato a tale subietto, lasciando alla giurisprudenza una lacuna, che essa deve riempire attenendosi allo spirito della legge, e ai principii generali del diritto e della legislazione.

Anche avrebbero potuto gli avversari della espropriazione in quistione, argomentare dal riflesso che talune disposizioni del Codice civile non si potrebbero applicare alla esecuzione contro pubbliche persone, senza cadere addirittura nell'assurdo. Si dirà per esempio, dello Stato, o di una Provincia, o di un Comune, come dei privati debitori esecutati, che in virtù dell'art. 2090 del Codice civile, coll'apertura del giudizio di graduazione diventano esigibili tutti i crediti con mora? E che anche ai creditori chiro-

---

priazione forzata contro le opere pie, considerandole come pubblici istituti " il cui patrimonio è governato dalla legge secondo la pubblica e perpetua sua destinazione ".

grafari, di quelle pubbliche persone devesi assegnare il residuo prezzo dopo la collocazione dei creditori privilegiati e ipotecari nello stato di graduazione, come si fa rispetto ai creditori chirografari dei privati debitori escutati, in virtù dell'art. 2092 del Codice civile? Nessuno certamente può ammettere tali cose, e neppure intendere tali discorsi. Ed anche avrebbero quei giureconsulti potuto riflettere che, se le norme comuni intorno all'esecuzione forzata si dovessero applicare alle persone pubbliche in quistione, non potrebbesi esimere da tale esecuzione il danaro giacente nelle pubbliche casse, che pure la maggior parte dei partigiani della contraria tesi non reputano ad esecuzione sottoposto.

Continuano gli avversari della espropriazione in discorso, ribattendo il contrario argomento desunto dagli art. 2 e 1949 del Codice civile. È troppo generale premessa codesta, osservano, perchè serva a decidere una quistione speciale come la presente. L'art. 2 accenna esso medesimo in termini generali alle leggi d'ordine pubblico, quale contemperamento dei principii generali del diritto civile, nella applicazione di questi ai corpi morali d'indole pubblica. D'altronde non è a dire che col surrogare all'espropriazione forzata, nei rapporti fra i privati creditori e quei corpi, l'azione delle autorità amministrative destinate a contenere i secondi nella cerchia dei loro doveri e delle loro attribuzioni, il privato creditore venga ad essere non abbastanza reso sicuro de' suoi diritti. Se ciò fosse, bisognerebbe ritenere non assicurati abbastanza tutti quegli interessi, siano individuali, siano collettivi, distinti dai privati diritti, che le leggi amministrative e politiche affidano esclusivamente alla custodia ed alla gestione delle autorità amministrative e politiche, la quale opinione, ove anche possa talvolta pronunciarsi in linea speculativa, non lo può mai di certo in linea concreta o legale. Il solo inconveniente che il privato creditore può risentire da quella eccezionale condizione de' corpi morali pubblici suoi debitori condannati a pagare, consiste in un ritardo di pagamento, ma questo ritardo, appunto perchè è voluto da forti ragioni di pubblico ordine, alle quali nessun cittadino può essere indifferente, non impedisce che la tutela accordata al suo diritto nei casi in quistione, non sia sufficiente, cioè rispondente appieno ai vari riguardi cui essa deve in pari tempo bastare.

Le ragioni *estrinseche* della tesi in discorso riduconsi, come ho già notato, all'impossibilità di una coazione diretta dell'autorità

giudiziaria contro le autorità amministrative, le quali riluttassero alle ingiunzioni della prima nel periodo dell'espropriazione forzata. Codesta impossibilità è specialmente fatta valere in confronto delle autorità amministrative dello Stato. Come potrebbe, si dice, la forza pubblica dello Stato venire adoperata dal potere giudiziario contro di esso? Ciò sarebbe, si dice, contrario a quella divisione e indipendenza dei pubblici poteri, che è una delle basi del diritto costituzionale d'Italia, e di ogni popolo libero.

Tale è il modo di pensare, tali sono gli argomenti che non ammettono espropriazione forzata a beneficio di privati creditori, contro lo Stato, le Provincie, e i Comuni.

Nella prima edizione di questo scritto, io mi lasciai andare ad ammettere col Pescatore, che la esecuzione forzata contro lo Stato, le Provincie, i Comuni si possa ammettere quando sia per *consegna* o *rilascio* di beni (v. art. 741 e segg. Cod. proc. civ.), pur negando la espropriazione forzata di quegli enti a soddisfacimento di debiti di altra natura. Ed anche ammisi la espropriazione forzata di quegli enti in virtù di azione ipotecaria, nascente dall'ipoteca dell'alienante o del condividente. Ripudio oggi, come erronee, ammissioni siffatte. Un sempre più maturo studio dell'argomento mi ha convinto che distinzioni non sono da fare fra casi e casi, oggetti e oggetti della esecuzione ed espropriazione in questione. O questa la si ammette in tutti i casi e rispetto a tutti gli oggetti, o la si nega rispetto ad essi tutti. È una questione di principio quella che si discute, la quale, in qualunque modo venga risoluta, non lo può essere che con *sì* o con *no*, assoluti del pari.

La pratica importanza poi della quistione consiste principalmente nell'applicazione di essa alle *rendite*, siano tributizie, siano di qualunque altro genere, dei corpi morali pubblici in discorso, anzichè agli altri beni patrimoniali, che questi corpi posseggano a modo de' privati e per titolo privato. Si tratta cioè di ammettere o di escludere principalmente l'espropriazione forzata a beneficio di privati creditori, sulle rendite che lo Stato, le Provincie, i Comuni adoperano onde sostenere le loro spese, e chi risolve affermativamente la quistione generale soltanto per riguardo ai *beni patrimoniali*, distinti dalle *rendite*, e dice il contrario quanto a queste ultime, non serve abbastanza, anzi molto imperfettamente serve la causa dei privati creditori, e milita piuttosto fra gli avversari che non tra i veri fautori di quella soluzione affermativa. Impe-

rocchè, anzitutto ella è una mera eventualità che i corpi morali in discorso posseggano beni patrimoniali non consistenti in rendite, e propriamente in rendite tributizie, e più rara eventualità ancora è l'essere quei beni patrimoniali di così grande importanza da costituire una base alquanto rilevante del loro credito. E poi le rendite dei beni patrimoniali di quegli enti sono collocate, al pari delle tributizie, e insieme a queste, nei relativi bilanci, come attività periodiche, colle quali vengono sopportate le pubbliche spese. Ma nel trattare la questione nei suoi generali termini formulata, non si può manifestamente far distinzione fra quelle varie specie di attività economiche degli enti pubblici in discorso.

Io mi dichiaro oggi ancora ostinato partigiano della opinione che i creditori a titolo privato dello Stato, della Provincie e dei Comuni *non possono* espropriare forzatamente i *beni patrimoniali* di nessuna specie, appartenenti a quelle persone pubbliche, onde pervenire al soddisfacimento dei loro crediti. Ed ora vengo ad esporre, nell'ordine in cui si succedettero nella mia mente, i pensieri e le ragioni che mi condussero a siffatta conclusione, dopo avere, s'intende bene, tenuto conto, più accurato che potei, delle ragioni *hinc et inde*, e tratto profitto dagli obbietti fattimi dagli avversari, correggendo anche talvolta in punti non essenziali qualche proposizione che avevo enunciato prima. Nella mia argomentazione però io non richiamerò che rare volte i singoli scrittori da cui dissento, sopratutto perchè gli stessi argomenti sono quasi tutti comuni ad essi tutti.

In tutte le questioni legali è mio costume attingere il primo suggerimento dal senso comune, cioè dal senso pratico della giustizia e della convenienza. Pensando all'ipotesi d'un creditore d'una qualunque delle persone pubbliche in discorso, il quale, munito d'un titolo esecutivo, s'impossessi col mezzo d'usciere del danaro contenuto nella cassa pubblica, o di quello che ancor si trovi nelle mani di terzi contribuenti, provo un'invincibile ripugnanza ad ammetterla. Ripugnanza nascente dall'impossibilità di giustificare il disordine pubblico, di cui nella pratica può quel procedimento essere cagione, col riguardo al diritto, per quanto rilevante e rispettabile, del privato. Già molti scrittori hanno descritto coi più vivi colori, ed io non istarò a ripetere le disastrose conseguenze pratiche di cui quel principio sarebbe fonte, specialmente nella vita comunale. Quella sentita ripugnanza non è adunque

senza fondamento; essa è tanto fondata e giusta, quanto quella che ha sempre suscitato il celebre dettato: *fiat justitia et pereat mundus.* Non vale di certo a togliere di mezzo quegli inconvenienti il riflesso dell'anonimo scrittore, più volte citato, che il Ministero può emanare mandati *provvisorii*, anche all'infuori del bilancio, in casi di *straordinaria urgenza*, e che casi di questo genere sarebbero appunto quelli di uscita di danaro dalle casse pubbliche in virtù di assegno fattone dal giudice ad un privato creditore. Imperocchè non è possibile che si riscontri una urgenza *straordinaria, impreveduta*, nel pagamento di un debito che fu oggetto di lunghe contestazioni fra lo Stato, o la Provincia, o il Comune da una parte, e il creditore dall'altra. Epperò io sono venuto a buon diritto nel proposito di non ammettere così fatta tesi, se non dopo essermi convinto che non si possa *a)* nè intendere e applicare altrimenti nel loro vero senso e spirito le positive disposizioni delle nostre leggi, siano civili siano processuali, *b)* nè trovare sufficiente appoggio in queste medesime leggi alla tesi contraria.

Ciò posto, la discordanza, avvertita sopra, fra gli stessi fautori dell'opinione contraria alla mia, fu per me un primo e forte motivo di credere che la verità non fosse dalla parte loro. E di vero taluni di quei giureconsulti ammettono l'espropriazione forzata su tutti quanti i beni patrimoniali dei Comuni, comprese le rendite, siano patrimoniali, siano tributizie, altri ne eccettuano queste ultime.

Le ragioni poi, colle quali i fautori dell'espropriazione in questione pretendono dimostrare che essa sia un'applicazione immediata, una conseguenza necessaria delle vigenti leggi intorno alla condizione giuridica delle persone morali pubbliche, mi sono sembrate tutt'altro che convincenti.

Anche a me, come già ad altri giureconsulti, è parsa troppo precipitata l'illazione dalle *generali*, anzi *generalissime* locuzioni degli art. 2 e 1949 del Cod. civile, e dal *silenzio* degli art. 585 e seg. del Cod. di proc. civ., che dunque lo Stato, le Provincie, i Comuni debbano essere parificati del tutto ai privati nell'espropriazione forzata del loro patrimonio. L'art. 2 Cod. civile invero limita esso medesimo il principio che enuncia, riferendosi alle leggi di diritto pubblico, e questa limitazione, generica e indeterminata anch'essa, è tutt'altro che idonea ad escludere differenze od ecce-

zioni che altri volesse ammettere fra quella persona e i privati, per ragioni appunto di diritto e d'ordine pubblico. Che poi così gravi conseguenze, quali sono quelle provenienti dalla tesi che io combatto, e così lontane dagli effetti ordinari dell'applicazione delle leggi civili e processuali, le quali mirano a tutelar l'ordine pubblico, mentre quelle conseguenze risolvonsi invece in pubblico disordine, il legislatore abbia sottinteso e approvato col semplice silenzio, mi pare un'interpretazione di legge alquanto, anzi troppo arrischiata. Non si può invero convenire col compianto senatore Vacca (*l. c.*) che rispetto alla presente questione il vigente diritto italiano presenti una lacuna, da non potersi riparare se non colla detta interpretazione dell'art. 2, mentre molti altri fautori di codesta interpretazione, come p. es., la Corte d'appello di Roma nella citata sua sentenza del 2 maggio 1873, pure ammettono *de jure condendo* che la legge dovrebbe espressamente escludere la espropriazione in questione. Imperocchè non si riempie una *lacuna* della legge col considerarla come se non esistesse, e non è facile abbandonare *de lege lata* un principio che si ritiene giusto *de jure condendo*, se non dopo aver attentamente constatato e dimostrato che la legge positiva, in cui quel principio non è enunciato, neppure vi possa essere condotta per via d'interpretazione. L'affermazione poi dei fautori dell'espropriazione in questione, che i provvedimenti amministrativi, coi quali vengono assicurati i crediti dei privati verso lo Stato, le Provincie, i Comuni non siano sicuri provvedimenti, come quelli che dipendono onninamente dalla lealtà della rappresentanza di quei corpi morali, sembrami precipitata, e non facile a giustificarsi. Imperocchè ben più fondatamente, atteso il razionale principio *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, si può invece asserire che appunto coll'avere introdotto quei provvedimenti amministrativi, il legislatore, al cui silenzio si vuol dare così inaudita importanza ed eloquenza, abbia inteso che in altro modo i privati creditori delle persone morali pubbliche non potessero aver ragione di queste persone. Che se della pratica efficacia delle leggi amministrative ad ottenere uno scopo qualunque che esse si propongono, si può talvolta dubitare, non è lecito però attribuire questo dubbio medesimo al legislatore, e farne argomento onde interpretare la di lui volontà. Il legislatore ha certamente contato sulla bontà dell'organismo amministrativo da lui adottato, una volta che ha affi-

dato al medesimo la tutela e la gestione d'interessi ben più rilevanti di quello che siano i diritti di credito dei privati verso lo Stato, le Provincie e i Comuni (1).

Non fu quindi l'espropriazione in questione dimostrata finora, nè può assere dimostrata conseguenza necessaria e sicura dei princìpi espressamente contenuti nelle vigenti leggi civili e processuali; vi ha certamente in proposito una lacuna nel vigente diritto positivo, cioè il legislatore non si è proposto, non ha neppure pensato al subbietto di cui ora si discute, ma questa lacuna vuol essere riempita con un metodo interpretativo molto meno semplice di quello adoperato dai fautori di quella tesi. Vuolsi invece ricercare se sia possibile dare sufficiente appoggio alla tesi contraria, sola conforme al comun senso del giusto e alla pratica convenienza, applicando generali princìpi di diritto, ammessi dalla vigente legislazione.

Or, cominciando dal subbietto, che ho detto sopra essere meno rilevante nella questione, mi pare manifesta l'inammissibilità dell'espropriazione forzata rispetto ai beni patrimoniali consistenti in immobili, o in capitali, o in cose mobili infruttifere, che le persone morali pubbliche posseggano a modo dei privati, solo che si pensi alle condizioni della loro commerciabilità.

Non sono certamente nell'ordinario commercio i beni in discorso, benchè siano alienabili, perchè non possono essere alienati

(1) L'avvocato Baisini, nel suo ricorso al Tribunale di 3ª istanza nella causa da questo decisa nella mentovata sentenza (v. *Monitore dei Tribunali*, 6 maggio 1866), trova contraddizione fra l'obbligo dello Stato di subire la giurisdizione dei tribunali ordinari nelle sue controversie di indole privata, e la sua esenzione dalla esecuzione forzata della sentenza che lo condanni. Io non iscorgo tale contraddizione, una volta che la sentenza medesima potrà appunto servire di fondamento alle autorità amministrative onde procedere al pagamento nei modi additati dalle leggi amministrative. E l'anonimo scrittore del *Monit. dei Trib.* trova che l'opinione contraria alla sua costituisce gratuitamente una *presunzione di solvibilità* a favore dello Stato. Ma prescindendo dal riflesso che la esecuzione coattiva non aumenta la *solvibilità* di nessun debitore, io rispondo che in fin dei conti tutto il meccanismo costituzionale riposa sulla presunzione che ciaschedun potere politico funzionerà a dovere. Or bene, gli è appunto codesta presunzione che viene a suffragio della mia tesi, la quale è in sostanza anche una tesi di diritto costituzionale. Del resto, lo stesso potere giudiziario trova forse in sè medesimo esclusivamente tutte le guarentigie della sua efficacia costituzionale?

nè ipotecati senza la deliberazione o il consenso di organi pubblici o di autorità tutorie, designate dalla legge, e nelle forme da questa prescritte. Conseguentemente, perchè fosse possibile espropriazione forzata di quei beni, sarebbe necessario che il giudice ordinasse ai detti organi, alle dette autorità, di deliberarne, di approvarne l'alienazione e, in caso di inesecuzione di quest'ordine, procedesse direttamente alla espropriazione di quei beni nelle forme ordinarie dell'espropriazione forzata di beni di privati. Or sono manifestamente impossibili, inconcepibili cose codeste.

A che si parlerebbe d'indipendenza delle due autorità, giudiziaria e amministrativa, come mai si direbbe la nostra legislazione ispirata da questo principio, se la prima di quelle autorità potesse non già comandare o vietare alla seconda un atto qualunque, ma eseguire o fare eseguire direttamente il comando o il divieto dentro la stessa propria sfera d'azione della seconda? E non sarebbe precisamente un invadere la propria sfera dell'amministrazione statuale, provinciale, comunale, l'impossessarsi per sentenza o decreto di giudice di esse custodite nei magazzini, o di danari chiusi nelle casse dello Stato, provinciali, comunali, o il mettere all'asta e l'aggiudicare uno stabile patrimoniale dello Stato, della Provincia, del Comune, sia pure pel ragionevole scopo di ottenere il pagamento di un debito di uno di questi enti, riconosciuto dal giudice?

Più specialmente l'art. 4 della *legge sul contenzioso amministrativo* ripugna alla tesi che io combatto.

Questo articolo dice che l'autorità giudiziaria non può *rivocare* nè *modificare* gli atti amministrativi, ma soltanto può conoscere degli effetti (civili) di questi atti, e che a questa pronunzia giudiziaria dovranno poi da sè medesime, sopra ricorso, uniformarsi le autorità amministrative. Ora non è egli un atto amministrativo, negativo bensì, anche il rifiutarsi una Provincia od un Comune a pagare un debito, ad eseguire una sentenza che li condanna a tale pagamento? E non sarebbe egli qualcosa più che rivocare un atto amministrativo, non sarebbe egli un disconoscere affatto l'atto amministrativo dello Stato, della Provincia, del Comune, che consistesse nella deliberazione di non dar seguito ad una sentenza che lo condannasse a pagare, il dare opera il giudice medesimo, che ha pronunziato la sentenza, a fare apprendere cose dello Stato, della Provincia, del Comune senza il concorso e contro la volontà di questi? Non è precisamente l'opposto del *conformarsi le supe-*

riori autorità amministrative al giudicato dei tribunali, il far questi eseguire il giudicato contro l'autorità amministrativa inferiore, senza bisogno di ricorso a tal uopo del creditore vittorioso alle autorità amministrative superiori?

Se io non m'inganno, l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo addita il vero procedimento che deve tenere chi abbia conseguito una sentenza di condanna contro lo Stato, la Provincia, il Comune. Allegando questo documento, egli deve ricorrere alla superiore autorità amministrativa, affinchè questa provveda al pagamento nelle vie e nelle forme statuite dalle leggi amministrative. Qual differenza vi può essere circa il procedimento da tenere per conseguire da una persona pubblica il pagamento, a cui questa venne condannata per motivo di un debito occasionato da un atto amministrativo, e quello da seguire per ottenere dalla persona medesima il pagamento a cui questa venne condannata per un debito proveniente da un vero e proprio negozio giuridico-privato? Non certo l'articolo 4 più volte mentovato può addursi a giustificare differenza nè distinzione alcuna fra queste due specie di casi.

Che se si volesse limitare l'espropriazione forzata contro lo Stato, le Provincie, i Comuni, ai soli beni patrimoniali distinti dalle rendite, od anche a quelli soli di tali beni, che non fossero destinati a pubblico uso, introdurrebbesi anzitutto una disparità di trattamento fra Provincie e Provincie, fra Comuni e Comuni, veramente ingiusta e intollerabile. Imperocchè, quantunque la maggior parte delle Provincie e dei Comuni abbiano per principale risorsa economica le rendite tributizie, ve ne hanno però alcuni i quali vivono principalmente ed anche quasi esclusivamente di proprietà possedute a titolo privato, come sarebbero miniere, torbiere, cave comunali. Questi Comuni potrebbero quindi venir messi a soqquadro dall'espropriazione, mentre tutti gli altri ne andrebbero esenti, o poco danno ne soffrirebbero.

Ma che cosa poi otterrebbesi con quella limitazione, fuorchè dare alle persone pubbliche in questione, ai Comuni in ispecie, un mezzo facile onde eludere lo stesso principio che si vuole sostenere e che si ha l'aria di propugnare? Data la giurisprudenza della Corte di Lucca e della Cassazione di Firenze nelle citate sentenze del 1889, che cioè un bene patrimoniale comunale vada esente da espropriazione forzata, anche se destinato all'uso pubblico di un'altra

persona pubblica, p. es. dello Stato, riesce facile ad un Comune procacciarsi questa esenzione, magari alla vigilia dell'incanto, facendo una locazione collo Stato o colla Provincia in ordine ad un servizio pubblico di questi (1).

Venendo ora alle rendite, siano tributizie, siano di qualunque altro genere, in cui principalmente e ordinariamente consistono le risorse patrimoniali degli enti pubblici in discorso, mi sembra pure non difficile giustificare, in modo consentaneo al vigente diritto

---

(1) Non è del resto per sè medesima ammissibile la detta giurisprudenza della Corte di Lucca e della Cassazione di Firenze. Ne conviene anche l'avvocato erariale L. Righetti. Che cioè si possa annoverare fra i beni pubblici un bene patrimoniale, a chiunque appartenente, solo perchè di fatto viene adoperato per servizio pubblico, quand'anche ciò accada in seguito ad un contratto fra l'ente pubblico e il proprietario di quello, parmi tesi ripugnante allo stesso concetto dei *beni pubblici*. Questi s'intendono tali per l'indole loro, che non esistono cioè se non colla destinazione di servire a pubblico uso, e che questa destinazione non possono mai perdere; la perpetua destinazione pubblica, per ciò inerente ad essi e immedesimata con essi, è carattere immancabile ed essenziale di quei beni. E s'intende destinazione a vantaggio dello stesso ente pubblico a cui appartiene. Epperò nel caso deciso dalla Corte di Lucca e dalla Cassazione di Firenze, sorge spontanea la domanda, se il Palazzo Pretorio di Pisa, affittato dal Comune allo Stato, e dichiarato esente da espropriazione, perchè addetto a pubblico uso, sia bene pubblico del Comune o dello Stato. E a questa domanda le dette sentenze non dànno risposta. Afferma la Cassazione di Firenze che la menzione dell'uso pubblico nell'art. 432 Cod. civ. non esclude che vi siano beni pubblici delle Provincie e dei comuni, corrispondenti, per analoga destinazione, ai beni del demanio pubblico dello Stato (art. 427). Ed è questa una giusta osservazione; ma al demanio pubblico comunale e provinciale non possono appartenere beni che non servono direttamente e stabilmente a scopi pubblici delle Provincie e dei Comuni, come a scopi pubblici dello Stato servono in quel modo i beni del demanio dello Stato. Io convengo altresì colla Cassazione di Firenze che il ricavare lo Stato, le Provincie, i Comuni qualche lucro annuo da beni loro non basti a fare ascrivere questi beni fra i semplicemente patrimoniali. Onde per es. un canale navigabile è bene pubblico demaniale dello Stato, e non patrimoniale, quantunque sia oggetto di concessioni d'acqua. Ma, come appunto questo esempio da a divedere, egli è necessario che il ricavarne un lucro annuo non sia l'uso ordinario ed esclusivo di un bene appartenente ad uno di quegli enti pubblici, affinchè lo si possa altrimenti considerare che come soltanto patrimoniale. E tale è appunto il caso del Palazzo Pretorio di Pisa; il Comune non lo tiene che per affittarlo allo Stato per uso di uffici pubblici dello Stato.

civile, e quindi idoneo a riempiere l'accennata lacuna di questo diritto, la ripugnanza invincibile del senso comune ad ammettere l'espropriazione forzata di quelle rendite a benefizio di creditori a titolo privato.

Imperocchè l'art. 3 del tit. prel. del Cod. civ. statuisce che, allorquando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si debba aver riguardo alle disposizioni concernenti *casi simili* o *materie analoghe*, e, non bastando questo sussidio, si debba ricorrere a' *principii generali di diritto*. Or bene, giusta e stringente mi pare l'osservazione del Luchini, che, di fronte alle eccezioni già fatte dal Codice di procedura civile, al diritto di espropriare forzatamente il debitore, non si possa non reputare consentaneo allo spirito di quel Codice l'estendere codesta esenzione, per motivi della stessa natura, e anche di maggiore gravità, alle rendite tributizie dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, la cui espropriazione forzata non potrebbe accadere senza perturbare e sconvolgere l'amministrazione e la vita di quelle pubbliche istituzioni. Ma più ancora dell'analogia del Codice di procedura, mi sembra che l'autorità dei principî generali del diritto autorizzi ad assumere nella presente questione quale principio del giure civile italiano, benchè nessuna legge lo sancisca espressamente, il suggerimento del senso comune. E di vero, nessuno vorrà non ritenere principio *generale*, anzi *fondamentale* dell'universo diritto, che il *gius* privato debba rimanere subordinato al pubblico, tutte le volte che sorga conflitto, come appunto accade nella questione attuale, fra l'uno e l'altro. Ciò che i Romani dicevano, non potere il gius pubblico venire immutato nè derogato dalle private pattuizioni, non era che una parziale applicazione di quella generale verità. Ed ora può egli darsi più evidente e più grave conflitto di tal genere, di quello che sorge fra l'asserito *diritto privato* di un creditore dello Stato, della Provincia, del Comune, di ottenere da questi enti pagamento di un suo credito verso di loro, e il *diritto pubblico*, il quale esige che l'amministrazione erariale, provinciale, comunale, proceda ordinatamente a' proprî pagamenti, assegnando nell'annuale bilancio i fondi corrispondenti alle singole spese, e non distogliendosi quei fondi dalla destinazione che essi hanno avuta nei relativi capitoli del bilancio? Dunque egli è fuor di dubbio che la grave questione, cui questo conflitto dà occasione, e che il legislatore non ha decisa, deve decidere il giudice in sua

vece e nome, dipartendo appunto dal principio che il diritto privato è subordinato al pubblico, e conseguentemente negando al privato creditore l'espropriazione forzata delle rendite dello Stato, della Provincia e del Comune. E il giudice può essere persuaso che il legislatore non avrebbe diversamente definito il caso in questione, se vi avesse pensato. Non saprebbesi davvero immaginare più acconcia occasione di ricorrere ai *principî generali di diritto*, per definire un *caso dubbio*, nè principio giuridico *generale* più appropriato a risolvere un caso di tal genere. Gratuita affatto e inammissibile è l'asserzione degli avversari che siffatta eccezione ai principî generali del diritto procedurale non possa ammettersi che in virtù di una espressa disposizione del legislatore, la quale non esiste.

L'illustre Pescatore, che pure è in tesi generale contrario all'espropriazione delle rendite tributizie dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, ritiene però che, per eccezione, tale espropriazione possa ammettersi, ove quelle persone abbiano espressamente dato in garantìa le loro rendite a privati creditori. E veramente si leggono non di rado anche nei pubblici fogli inviti di Municipî a sottoscrivere a prestiti in loro favore colla espressa clausola " che il prestito sarà garantito da tutte le *rendite* comunali ". Ma io ho sempre ritenuto che codesta clausola fosse un vano discorso, per ciò che riguarda il conferimento di un concreto diritto e, propriamente, diritto di priorità, e non fosse altro che una ripetizione di ciò che si legge nell'art. 1969 del Cod. civ., che cioè i beni del debitore sono la garantia de' creditori. Imperocchè egli è fuor di dubbio che, se il creditore d'un Municipio viene a capo del suo credito, ciò non può essere se non perchè i beni del Comune, cioè le sue proprietà o le sue rendite, vengono adoperate onde soddisfarlo. Nessun diritto sulle rendite erariali, provinciali, comunali può, a mio avviso, conferirsi per contratto ai creditori dello Stato, della Provincia e del Comune. Se invero la forzata esecuzione su queste rendite è inammissibile, come sopra ho dimostrato, per la natura dell'obbietto, per il conseguente intollerabile conflitto in cui verrebbe a trovarsi il gius privato col pubblico, come mai potrà valere un patto, che a quella inammissibile esecuzione condurrebbe? Non è questo il caso d'invocare il dettato: *privatorum conventio juri publico non derogat?* (L. 45, § 1, D. *De reg. jur*).

Per verità il Pescatore non dichiara il motivo per cui ritiene inammissibile l'espropriazione forzata delle rendite tributizie, fuor del caso d'espressa pattuizione. Egli è però lecito desumere dall'insieme delle sue dottrine che quel motivo è la *pubblica destinazione* di quei beni, destinazione da cui egli fu condotto, come sopra si è veduto, ad esimere dall'espropriazione forzata anche certi edifizi, e certe cose mobili spettanti al patrimonio erariale, provinciale o comunale. Se ciò è, sembrami che il Pescatore cada, senza accorgersi, in contraddizione con sè medesimo (*sit venia verbo*), escludendo che il contratto possa far sottoporre ad espropriazione forzata quegli edifizi, e quelle cose, e non dicendo lo stesso rispetto alle rendite tributizie, che hanno la medesima destinazione delle prime.

Ma se l'opinione da me propugnata rispetto alle rendite dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, non mi pare scossa per nulla, dall'obbietto del Pescatore, nel caso da lui configurato, essa è invece validamente suffragata in ogni caso, rispetto alle rendite tributizie in particolare, dal disposto del Regolamento sulla contabilità dello Stato, approvato con R. decreto 13 dicembre 1863. Questo Regolamento esclude espressamente dalle private contrattazioni tutte le contribuzioni dirette ed indirette dello Stato. Ora ciò che vale per lo Stato, vale anche per le Provincie e i Comuni, essendo noto che il Codice civile distingue cogli stessi criteri le varie specie di beni spettanti a tutte quelle persone morali pubbliche (V. art. 426, 428, 432). Oltracciò, osservava giustamente il Procuratore Generale Miraglia nelle sue conclusioni davanti alla Cassazione di Firenze nella causa Luchi — Comune di Firenze (*Giur. it.*, XXX, 1, 241), che la legge 27 marzo 1871, autorizzando il governo del Re ad accettare delegazioni comunali sugli esattori, a saldo di arretrati del dazio consumo, suppone manifestamente non essere lecito ai Comuni dare guarentigia contrattuale ai loro privati creditori sui ricavi futuri dei comunali tributi.

Si potrà egli forse tentare una distinzione fra le rendite provenienti da tributi, e quelle ricavate da beni patrimoniali non affetti da pubblica destinazione, come potrebbero essere case, terreni, e ritenere non soggette a espropriazione forzata le prime, e soggette invece le seconde, come dichiararono la Cassazione di Roma, 19 giugno 1876, la Corte di Genova, 22 maggio 1876, la Corte di Catania, 2 maggio 1876, 22 luglio 1875, la Cassazione

di Napoli, 5 giugno 1876, la Corte d'Appello di Napoli, 27 aprile 1874, e la Corte d'Appello di Roma, 2 maggio 1873?

No certamente, imperocchè anche le rendite della seconda specie, una volta iscritte nel bilancio attivo, p. es. comunale, non si possono distinguere dalle tributizie quanto alla loro destinazione, che è pubblica di sua natura, cioè il funzionamento della persona pubblica in ordine a tutti gli interessi pubblici che dalla legge le sono affidati.

Trattisi poi di rendite tributarie o di rendite patrimoniali, iscritte nel bilancio degli enti pubblici in discorso, vana mi pare la condizione che la Cassazione di Palermo, nella citata sua decisione 4 giugno 1907, appone alla espropriazione forzata di esse a vantaggio di privati creditori. La condizione cioè che non ne risulti impedita la esecuzione del bilancio. Ciò sarebbe quanto dire che la espropriazione si possa fare soltanto in confronto di Provincie e Comuni, il cui bilancio sia attivo. Ma codesta attività non è fenomeno universale, nè ordinario, tanto poco un fenomeno ordinario, sicchè di certo non si può dir soluzione della questione quella proposta dalla Cassazione palermitana.

Tali sono le ragioni, desunte dall'interpretazione delle nostre leggi di ordine privato, e dai canoni fondamentali del nostro diritto pubblico, che mi hanno convinto e mi convincono dell'insostenibilità della tesi della espropriabilità in via esecutiva dei beni patrimoniali dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, siano essi terre o case, o siano rendite di qualsivoglia specie. Riflettasi qui poi che, attesa la indissolubile colleganza fra rendite patrimoniali e beni patrimoniali, la esclusa espropriazione forzata rispetto alle rendite è di per sè sola un gravissimo argomento contro quella dei beni patrimoniali degli enti pubblici in discorso. Imperocchè può egli concepirsi che si espropri, per esempio, un podere fruttifero spettante a un Comune, e in pari tempo ne rimangano intangibili le rendite iscritte nel bilancio attivo comunale?

Poca importanza io attribuisco ai soliti argomenti estrinseci, coi quali viene propugnata la stessa mia tesi.

Per esempio, quel massimo argomento di tal genere, che sarebbe l'impotenza del potere giudiziario a vincere la resistenza delle autorità amministrative erariali, provinciali, comunali alle sue ingiunzioni esecutive, mi sembra implicare una gratuita supposizione, ed una petizione di principio, benchè in tal guisa ragionino

anche il Tribunale di 3ª istanza di Milano nella mentovata sua sentenza, e il LoAsses nella citata sua monografia. Ogni qual volta l'autorità giudiziaria non esca dalla sua naturale competenza nel fare una qualunque ingiunzione alle rappresentanze dello Stato, delle Provincie, dei Comuni, considerate come persone private, non è supponibile affatto che quelle rappresentanze o autorità amministrative non abbiano ad obbedire. L'ordine costituzionale riposa in ultima analisi sulla spontanea osservanza delle leggi e sulla forza dell'opinione, più che sulla coazione legale. Se non si potesse e non si dovesse supporre, e con sicurezza aspettare, la spontanea sommissione delle autorità amministrative alle giudiziarie nei suddetti casi, non si potrebbe, fra le altre cose, ammettere in nessun caso la possibilità di controversie e provvedimenti possessori fra i privati e gli enti pubblici in discorso, la quale competenza è stata in taluni casi molte volte ammessa anche dalla nostra giurisprudenza. D'altra parte nelle stesse esecuzioni intraprese dal potere giudiziario contro private persone, il concorso della forza pubblica, ove faccia mestieri, ottiene il potere giudiziario di certo per spontanea adesione del potere amministrativo, e non già per virtù di una coazione che quello possa esercitare su di questo: di guisa che, ove stesse l'addotta argomentazione, non vi sarebbe mai luogo a discorrère di espropriazione forzata, e in generale di forzata esecuzione, come di un effetto proprio e sicuro delle giudiziali pronunzie.

Se completo non è il mio inganno, il principio che i creditori dello Stato, delle Provincie, dei Comuni non possano espropriare forzatamente i beni patrimoniali di queste persone morali, concilia nel più soddisfacente modo il diritto civile col diritto amministrativo, e mette in armonia fra di loro le stesse varie disposizioni del Codice civile, che possono avere attinenza col commercio giuridico privato di quelle persone morali.

Imperocchè gli art. 2 e 1949 del Cod. civ. conservano il loro valore di fronte agli enti pubblici in discorso come di fronte ai privati, ad onta che i primi non si possano, come i secondi, forzatamente espropriare dal potere giudiziario, anzichè dalle autorità amministrative da cui dipendono, e nei modi additati dalle leggi amministrative. Anche la competenza dei tribunali giudiziari a condannare quegli enti al soddisfacimento dei loro creditori li uguaglia ai debitori privati. Ma d'altra parte, arrestandosi quella

competenza davanti all'espropriazione dei primi, assume l'aspetto di non superflui provvedimenti, di non inutile duplicazione di guarentigie del creditore privato, quegli speciali provvedimenti costituzionali e amministrativi, che le leggi hanno predisposto onde costringere lo Stato, le Provincie, i Comuni a pagare i loro debiti. L'applicazione del diritto comune viene a cessare nei casi in quistione propriamente in quel punto in cui il diritto del privato prevarrebbe al diritto pubblico, e cessa non già col lasciare del tutto indifeso il diritto del privato, ma coll'imporre a quest'ultimo il solo sacrifizio di aspettare più lungamente il suo soddisfamento, di quello che se il debitore fosse un privato cittadino egli pure. Sacrificio cotesto, da non riputarsi soverchio, ove lo si confronti collo scopo a cui serve (1).

E finalmente la tesi da me propugnata ha per sè la quasi totale pratica inconcludenza della tesi contraria, limitata com'è da coloro che la propugnano. Imperocchè essi non l'applicano ai beni patrimoniali, aventi pubblica destinazione, alle rendite d'ogni genere, patrimoniali o tributizie, degli enti pubblici in discorso, e agli stessi loro beni patrimoniali, che a pubblico uso destinati non sono, ma i cui redditi figurano nel bilancio attivo dei medesimi. In virtù di tutte queste limitazioni a quale effetto pratico quella tesi si riduce? Lo confessa lo stesso già citato avv. erariale RIGHETTI, che pur milita nel campo contrario al mio: a mobili fuori d'uso, destinati ad essere venduti, a ricavi d'eventuali eredità, *et quidem* eredità lasciate senza condizione di pubblico uso, a proventi di azioni di risarcimento e di multe, a immobili rivendicati dopo molto tempo di cessato possesso e godimento; tutte risorse patrimoniali codeste, meramente eventuali, e, sia per questa eventualità, sia per la tenuità loro, sproporzionatissimi e quasi irrisori mezzi di soddisfacimento pei creditori di tanti Comuni fortemente indebitati. Aggiungerebbe il RIGHETTI le rendite patrimoniali degli anni futuri, e quest'aggiunta non è insignificante al certo, ma, appunto perchè tale, essa è tutt'altro che facile ad ammettersi, essendo ovvio che per la stessa ragione per cui il RIGHETTI ammette che non si possano apprendere le rendite patrimoniali già

(1) Lo stesso anonimo scrittore più volte citato, consentirebbe a prolungare i termini esecutivi fra il privato esecutante e la persona pubblica debitrice.

iscritte nell'attivo del bilancio, cioè per la ragione che, altrimenti, verrebbesi a imbarazzare grandemente, e in parte sospendere la vita amministrativa degli enti pubblici in discorso, neppure si può facilmente ammettere che quel tristissimo risultato sia lecito cagionare in avvenire mediante sequestro delle rendite patrimoniali future.

Non voglio lasciare questo tema, senza dichiarare che sarebbe utile cosa venissero anche in Italia, come lo furono in Francia, e nel già regno delle due Sicilie, adottati speciali provvedimenti amministrativi onde assicurare ai privati creditori delle pubbliche persone, e specialmente dei Comuni, un pronto soddisfacimento dei loro diritti verso i medesimi. In questa guisa, oltre al fare giustizia, gioverebbesi specialmente al credito dei Comuni, e in pari tempo contribuirebbesi indirettamente a render questi meno corrivi a indebitarsi e ad esporsi a disastri finanziari, dai quali è poi costretto lo Stato a salvarli, a spese di tutta la nazione, benchè non sia questo per verità ufficio e diritto e dover suo.

Della universalità del giudizio di fallimento.

È una delle più gravi e dibattute questioni nella giurisprudenza nostra, e anche nella scienza del diritto internazionale privato, se il fallimento, dichiarato in estero Stato, di una ditta, la quale abbia una sede o succursale nello Stato nostro, qui riconosciuta come tale, cioè come una mera dipendenza della casa madre situata all'estero, tragga seco o no anche il fallimento di questa casa succursale, e se la procedura di fallimento, iniziata e proseguita nell'estero Stato, involga o no anche i beni situati nel nostro Stato.

La Corte di Genova rispose negativamente in una sentenza 11 febbraio 1886 (*Eco di Giurispr. comm.*, 1886, p. 49) e in altra 25 ottobre 1891 (*Giur. it.*, 1892, 2, 200), e lo stesso ritennero la Corte d'Appello di Torino, 27 luglio 1866 (*Giur. tor.*, III, 261), 5 marzo 1866 (*Giur. it.*, XVIII, 2, 70), 27 luglio 1866 (*Giur. tor.*, III, 361), la Cass. di Torino, 13 aprile 1867 (*Annali di giurispr.*, I, 1, 215), e 29 aprile 1871 (*Giur. it.*, XXIII, 1, 262), il Tribunale di commercio di Milano, 30 giugno 1876 (*Mon. trib.*, XVIII, 49). In tutti questi giudicati è professata la massima che tanti sono i fallimenti, quanti sono gli Stati, nei quali il fallito esercita il suo commercio.

Ma la massima parte dei giudicati italiani risolve affermativamente la detta quistione, rispetto ai beni mobili; discordano invece rispetto ai beni immobili. Ed anche non sono concordi sul punto se, affinchè la dichiarazione di fallimento, pronunziata in estero Stato, produca tutti i suoi effetti in Italia, sia necessario o no

che essa venga previamente dichiarata esecutiva in Italia, secondo il disposto dell'art. 941 del Codice di procedura civile. Che non sia necessaria la dichiarazione d'esecutorietà, decisero: Corte di Genova, 5 aprile 1875 (*Giur. it.*, XXVII, 2, 634) e 13 luglio 1883 (*Eco di giurispr. comm.*, 1883, p. 250), Corte di Milano, 5 novembre 1869 (*Mon. trib.*, XI, p. 105), 8 maggio 1877 (*Ibid.*, XIX, 433), 6 dicembre 1886 (*Ibid.*, XVIII, 491), 14 dicembre 1891 (*Ibid.*, XXXIII, 169), Corte di Brescia, 1° agosto 1871 (*Ann. di giur.*, V, 2, 575). Quest'ultima sentenza però accetta quella tesi relativamente soltanto ai beni mobili del fallito in Italia. Che sia necessaria la dichiarazione di esecutorietà, ritennero invece: Corte d'Appello di Torino, 13 agosto 1870 (*Giur. tor.*, VII, 608), 6 dicembre 1871 (*Giur. it.*, XXIII, II, 834), Corte di Genova, 16 settembre 1878, 18 giugno 1877, Cassaz. di Torino, 13 maggio 1867 (*Giur. it.*, XIX, 1, 268), Corte d'Appello di Napoli, 4 maggio 1868 (*Ann. di giur.*, II, 2, 167), Corte d'Appello di Roma, 15 giugno 1882 (*Rass. di dir. comm.*, I, 41), Corte d'Appello di Firenze, 11 settembre 1889, Corte di Brescia, citata, rispetto ai beni immobili del fallito in Italia.

Sono anche differenti le premesse dei fautori e degli avversari del giudizio di delibazione della dichiarazione estera di fallimento. Come in sèguito renderò più chiaro, taluni vogliono questo giudizio, dopo avere premesso che la procedura di fallimento attiene all'ordine giuridico reale, e altri lo escludono, dopo avere premesso che quella procedura attiene invece all'ordine giuridico personale. Vi hanno però anche fautori di questa seconda premessa, i quali esigono, nonostante il giudizio di delibazione, la dichiarazione d'esecutorietà dell'estera dichiarazione di fallimento. Ma tutti quanti sono poi concordi nel volere l'universalità del giudizio di fallimento, rispetto ai beni mobili in particolare: e questa universalità, assunta come postulato categorico della ragione, è il vero movente, la vera ultima e più efficace premessa a tutti comune.

È un vero peccato che il nuovo Codice di commercio non abbia risoluta la grave quistione, come lo sperava il consigliere Bertolini (V. *Mon. dei trib.*, XVIII, p. 30). Egli è quindi bene che la quistione continui ad essere attentamente studiata dal maggior possibile numero di giuristi; epperò dirò anch'io ciò che ne penso.

Sono anch'io d'opinione (*Foro it.*, 1890, 1, 358) che il giudizio di fallimento, aperto e avviato in uno Stato estero, non possa

produrre nessun effetto sui beni del fallito, mobili e immobili, situati in Italia, quantunque l'azienda mercantile del commerciante estero in Italia sia una dipendenza dell'azienda principale situata nell'estero Stato; ed io non credo affatto che il contrario sia possibile in virtù della esecutorietà data in Italia alla dichiarazione di fallimento pronunziata in estero Stato. Ecco la tesi che mi accingo a dimostrare.

Il primo impulso a pensare che la procedura di fallimento, aperta nel domicilio del fallito, possa essere estesa a tutti gli Stati, dove il fallito ha beni, è il desiderio che ciò sia, il quale è al certo un giusto desiderio. Imperocchè, se il fallimento della principale casa non trae seco necessariamente anche quello delle sedi succursali in esteri Stati, potrà accadere che di queste succursali si abbia o non si abbia luogo di far dichiarare il fallimento negli Stati in cui si trovano, secondo che anche in questi Stati si avveri o non si avveri cessazione dei pagamenti. Nel primo caso, lo svolgersi contemporaneamente due o più procedure di fallimento contro lo stesso debitore in Stati diversi, trarrà seco molte difficoltà, e anche gravi inconvenienti, massimo dei quali il limitare alle risorse locali delle sedi succursali la guarentigia dei creditori di queste sedi, i quali in realtà hanno voluto e inteso fin da principio calcolare su tutte quante le attività del fallito. Nel secondo caso sarà possibile al debitore di farsi dichiarare fallito nel luogo del suo domicilio, dopo aver sottratto le proprie attività ai creditori di questo paese, trafugandole nel paese estero, od anche potrà questo trafugamento operare dopo l'avvenuta dichiarazione del suo fallimento. Nell'una ipotesi e nell'altra le conseguenze pratiche della *non unicità* o *non universalità* del fallimento in tutti quanti gli Stati dove il fallito abbia beni, sono certamente funeste al commercio internazionale, e ripugnanti affatto alla predominante e manifesta tendenza delle nazioni civili odierne a formare, nel commercio appunto e anzitutto, una società sola, basata sulla uniforme e comune guarentigia dei privati diritti.

Ma per essere per ogni verso commendevole e desiderabile la unicità del fallimento e della procedura di fallimento in tutti gli Stati in cui il fallito possiede beni, ne consegue egli senz'altro che codesto principio si debba potere dalla giurisprudenza pratica adottare, non ostante che la legge non l'abbia espressamente proclamato?

È questa la quistione, e coloro che la risolvono affermativamente, soltanto perchè il legislatore espressamente non sancisce il contrario, e perchè codesta soluzione risponde al voto della scienza, mi sembrano correr troppo. Essi non si domandano se, per avventura, tacendo il legislatore, non si oppongano alla loro tesi i principî generali del diritto civile internazionale, che o sono leggi positive italiane, o sono imperiosi postulati scientifici anche essi. Non tutti però i fautori della tesi giurisprudenziale, che io combatto, se ne dissimulano le difficoltà. Il Rocco, fra gli italiani, è certamente il più accurato e il più savio fra i sostenitori di quella tesi. Ma io credo che nè da lui, nè da altri, siano state, nè potranno mai essere veramente superate le gravissime difficoltà che alla medesima si oppongono.

In realtà quegli Stati che vollero assicurarsi il beneficio della universalità internazionale del fallimento, conchiusero anche convenzioni a tal uopo. Così, per esempio, la Prussia aveva già convenuto, nel secolo scorso, cogli altri Stati della Confederazione germanica la reciproca estensione della procedura di fallimento, avviata in uno Stato, anche agli altri (v. Savigny, vol. 8, p. 291). Ed egli è alquanto strano che il Savigny e il Rocco adducano appunto questo esempio come un argomento in pro della tesi dell'universalità della procedura di fallimento, anche se non vi sia relativo trattato fra Stati e Stati. A me pare che l'esempio combatta invece la tesi, almeno in quanto gli Stati che stipularono il detto trattato diedero con ciò a divedere non essere stato loro avviso che altrimenti fosse possibile pervenire al risultato in discorso, neppure invocando quella *comitas gentium*, che J. Voet dapprima (*Ad pand.*, XX, 4, 812), e poi il Savigny medesimo (*gütliche unterhandlung.*, ivi, p. 293) reputano argomento sufficiente onde supplire al difetto di trattato.

Ed è anche un fatto che sino ad ora la dottrina sostenuta dal Savigny e dal Rocco, e, prima di questi, dal Foelix (*Droit int. et privé*, n. 468), dal Pufendorf (*Observ.*, tit. I, 217), e da J. Voet, accolta dalla Gran Corte Civile di Napoli in un suo giudicato del 22 dicembre 1784 (v. Rocco, pag. 372 e segg.), propugnata dal Congresso giuridico italiano del 1881, dall'Istituto di Gand nel 1891, a cui fece una dotta relazione l'Asser (1), accolta da molti giu-

(1) *Revue de droit int.*, 1892, n. 1, pag. 5 e segg.

risti italiani e forestieri, quali CARLE, FIORE, DE ROSSI, GIANZANA, ESPERSON, FUSINATO, A. SIMON, WAISS, TIMMERMANS, BROCHER, HUMBLET, GLASSON, non è pacifica nella giurisprudenza italiana e non mi consta che abbia trovato favore presso i tribunali stranieri. Fra i giudicati esteri contrari, notevoli sono parecchi del Tribunale Supremo della Germania, sedente in Lipsia, come, per esempio, del 28 giugno 1872, e del 25 gennaio 1873 (1). E persino fra gli Stati Uniti d'America non è praticata l'universalità del giudizio di fallimento (STORY, *Comm. on the conflict of laws*, pag. 403 e segg.)! E v'ha di più. Non solo non è finora praticata l'universalità del fallimento fra Stati che non vi siano impegnati per trattato, ma vi ha anzi qualche Stato, la cui legislazione statuisce espressamente il principio contrario. Così, per es., la Germania nel regolamento dei fallimenti del 1876 (§ 208), e la Repubblica Argentina, come si rileva dalla stessa decisione surriferita della Corte di Genova.

Bisogna pur ritenere che alla tesi della universalità internazionale del fallimento ben gravi difficoltà si oppongano, poichè nessuna legge positiva la proclama, nessuno Stato la pratica, se non vi si è impegnato per trattato, nè essa ha per sè neppure la giurisprudenza della maggior parte degli Stati. Soltanto ella è propugnata da molti giureconsulti, valenti bensì, ma ai quali si oppongono molti altri di non minor valore. Imperocchè se valentuomini sono certamente quelli menzionati poc'anzi, altrettanto lo sono il MASSÉ (*Droit comm., etc.*, vol. II, pag. 810), il RENOUARD (cfr. Rocco, *l. c.*, pag. 371 i. n.), lo STORY (*l. c.*), e il WESTLAKE (*Priv. intern. law*, § 118).

Il comune e gravissimo argomento contro la pretesa universalità internazionale della procedura di fallimento, è questo, che il regime del fallimento attiene al diritto reale, e che per conseguenza ogni Stato lo regola, rispetto ai beni che si trovano nel suo territorio, colle proprie leggi, o queste leggi fa applicare dai proprî giudici.

L'indole reale della procedura di fallimento, è da un pezzo riconosciuta dalla generalità dei giureconsulti, ed anzi ammessa dalla massima parte degli stessi fautori dell'universalità di quel giu-

---

(1) *Revue de droit int.*, 1875.

dizio, i quali poi si industriano ad evitare la più razionale conseguenza di tale premessa, come in sèguito porrò in chiaro. Ed io non credo possibile darne migliore dimostrazione che colle parole dello stesso Rocco:

" Quale è l'obbietto di tutte quante le disposizioni di legge attinenti al fallimento? Quali sono i fini che si pone innanzi il legislatore allorchè prese all'uopo la previsione sua? Certo che in questa parte i fini della legislazione non si rinvengono nell'interesse del debitore fallito. Non si intende al benessere dell'individuo, i cui affari si vedono volgere a ruina. Non è la personalità di lui che viene considerata, per determinare in una maniera universale ed assoluta la capacità o l'incapacità sua. Tutti cosiffatti riguardi per nulla entrano nella natura del fallimento: alla vece di queste cose, l'attenzione della legge si dirige, *et vim suam consumit*, intorno all'unità del commercio e delle mercantili speculazioni, nello interesse dei creditori che hanno contrattato col debitore fallito, e circa ai beni che formare debbono la loro guarentigia, procacciando che essi non vadano avvolti nel vortice della sciagura del fallimento, e siano, per quanto possibile, liberati da un totale disperdimento. Sicchè i fatti e le disposizioni delle leggi di commercio non han di mira l'interesse del debitore fallito, ma l'interesse dei terzi, cioè dei creditori, a cui si vuol assicurare la possibilità della satisfazione dei proprî crediti. Epperò il patrimonio del debitore, e non la persona di lui, è l'obbietto dello statuto „ (*op. cit.*, pag. 458).

Di ciò io pure convengo appieno. L'ordinamento del fallimento è un provvedimento, anzi un complesso di provvedimenti dello Stato, intorno ad un complesso di beni, che hanno cessato di essere nella libera disposizione del loro proprietario, onde soddisfare ad un pubblico interesse, che è l'interesse dei terzi creditori di quel proprietario; dunque quel provvedimento fa parte del generale sistema della proprietà in ordine al pubblico bene, e perciò attiene al sistema giuridico reale d'ogni singolo Stato. L'asserzione di Lyon-Caen e Renault (*Précis du droit comm.*, vol. II, pag. 931) " che le leggi sul fallimento non rientrano nello statuto reale, e che il loro scopo non è quello di regolare la condizione dei beni del fallito „, di Thaller (*Des faillites en droit comparé*, vol. II, pag. 355 e segg.), che " il fallimento affetta lo stato della persona „, è appunto una semplice asserzione, la cui fallacia è manifesta.

Per ciò che riguarda in particolare la dichiarazione di fallimento, questa è pure un provvedimento dell'ordine reale, e non già dell'ordine personale. Fu detto più volte il contrario, anche da Tribunali, e, p. es., dalla Cassazione di Bruxelles, 6 agosto 1852 (ap. MASSÉ, *op. cit.*, vol. II, n. 61). Ma parmi questo un grave errore. Imperocchè io convengo col CASAREGIS, il quale scrive: " neque " dici valet quod statutum valide inhabilitare, vel ligare possit " personas subditas etiam quoad bona extra suum territorium exi" stentia; quia id locum habet dumtaxat in statuto personaliter " tantum loquente;..... secus vero in casu quo statutum principa" liter considerationem vel respectum habuit ad res, seu bona, sive " ejus effectus principaliter versatur circa res vel bona, licet juxta " materialem verborum sonum sermo videretur in personam sub" diti directus „ (*De Comm.*, Disc. CXXX). Similmente ebbe a dichiarare la Cass. di Torino nella citata sentenza 29 aprile 1871: " l'incapacità del fallito non è assoluta, ma relativa ai beni caduti " nel fallimento „. Che se si considera il vero e proprio effetto della dichiarazione di fallimento, nella nostra legislazione, p. es., ciò che dice il Casaregis, il carattere *reale,* anzichè *personale*, della dichiarazione di fallimento, si fa chiaro come la luce del sole. Dove è scritta nel Codice civile l'incapacità dei falliti ad obbligarsi? Sono bensì nulli in virtù del Codice commerciale (art. 708) tutti gli atti e le operazioni del fallito, e tutti i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione del fallimento; ma ciò perchè? Perchè tutti questi atti vengono a modificare le condizioni patrimoniali del fallito, il quale per virtù della dichiarazione di fallimento è privato, di pieno diritto, dell'amministrazione dei beni suoi, e anche di quelli che gli pervengano durante lo stato di fallimento (art. 699). Ma anche all'infuori del caso di riabilitazione (art. 816), o di applicazione dell'art. 839 del nostro Codice di commercio, quando la procedura di fallimento è chiusa colla ripartizione dell'attivo (articolo 815), oppure è cessata per insufficienza di attivo (art. 817), benchè lo stato di fallimento perduri, siccome il curatore del fallimento non è più in funzione, il fallito ricupera piena libertà di azione e di obbligarsi, salvo il diritto dei creditori, in difetto di concordato, di farsi pagare il loro residuo credito (art. 815), ove il fallito venga al possesso di qualche nuova attività. Egli è quindi evidente che la dichiarazione di fallimento non rende propriamente il fallito incapace di obbligarsi, ma piuttosto annulla gli obblighi

e gli atti giuridici da lui posti in essere durante la procedura di fallimento, e questa nullità, impropriamente detta incapacità, ha per sua causa la cessata amministrazione di lui, cioè dall'essere surrogata a questa l'amministrazione del curatore. Onde, giustamente dice il Rocco (pag. 358), e tanti altri ripetono con lui, che la incapacità del fallito, proveniente dalla dichiarazione del fallimento, non è che un mezzo onde assicurare ai creditori la fortuna di quello, far parte anch'essa di tutti i provvedimenti intesi a questo scopo, e quindi un provvedimento di indole patrimoniale.

È il patrimonio del fallito, è la gestione di questo patrimonio nell'interesse dei creditori, il vero oggetto di tutte le disposizioni della legge intorno alla procedura di fallimento, di tutti i provvedimenti di cui consta questa procedura, e anzitutto della dichiarazione di fallimento che è veramente il primo di tutti. E in questo senso diconsi dell'ordine reale le relative leggi, e giustamente si dicono tali. Imperocchè, se reale in istretto senso è un diritto che spetta ad un individuo, su di una data cosa materiale, non si può certamente chiamar reale il complessivo diritto dei creditori sul totale patrimonio del fallito, ma ben si potranno in lato senso ascrivere all'ordine reale le leggi che quel diritto dei creditori disciplinano, allo scopo di assicurarlo sulle cose tutte, cioè sui beni di ogni specie, di cui il patrimonio del fallito si compone. Bensì il significato della parola *reale*, applicata alle leggi che disciplinano la gestione di un complesso di beni per uno scopo patrimoniale, non ha precisamente lo stesso significato come quando la si applica ai diritti di singoli individui su singoli beni. Il primo è più lato, il secondo più ristretto, e forse chiamerebbersi meglio leggi di *diritto patrimoniale* le prime, e leggi di *diritto reale* le seconde. Ma le une leggi e le altre appartengono alla medesima famiglia, al medesimo ordine, perchè concernono, in generale, i beni, in ordine alla utilità loro per le persone.

Le leggi intorno al regime del fallimento presentano molte analogie colle leggi intorno al regime dell'assenza. Quelle, come queste, hanno per oggetto la gestione di un patrimonio per occasione di un fatto accaduto nella persona del proprietario di questo: il fallimento in un caso, l'assenza nell'altro. Quelle, come queste, cominciano dal presupporre cessata la padronanza in chi l'ebbe precedentemente, e dallo esigere una relativa dichiarazione giudiziale, di fallimento in un caso, di assenza nell'altro. Quelle, come queste,

non hanno altra mira che di curare l'interesse patrimoniale dei terzi, interesse che nel primo caso ha propriamente l'aspetto di diritto, e nel secondo è semplicemente un interesse. Or chi può mai dubitare che il regime dell'assenza non faccia parte della legislazione patrimoniale di uno Stato, cioè abbia natura giuridica reale? Se dunque è tanta l'analogia d'indole e di scopo fra il regime del fallimento e il regime dell'assenza, devesi ascrivere anche quello alla legislazione patrimoniale dello Stato, e anche a quello attribuire natura giuridica reale, anzichè personale?

Osserverò ancora che se la dichiarazione di fallimento, colla quale la procedura di fallimento comincia, non fosse provvedimento legislativo e giudiziario dell'ordine reale, non si comprenderebbe come dalle autorità e secondo le leggi dello Stato la si potesse indifferentemente pronunziare rispetto a nazionali e a forestieri residenti nello Stato. È canone infatti del diritto internazionale privato italiano, che in materia di stato e di capacità personale, il giudice competente sia di regola quello dello Stato a cui l'individuo di cui si tratta appartiene come suddito, e che in nessun caso possa pronunciarsi intorno allo stato e alla capacità di un forestiero se non a termini della legge nazionale di questo. Se la dichiarazione di fallimento fosse una sentenza in materia di stato e di capacità personale, non la si dovrebbe potere pronunziare in Italia secondo il Cod. comm. italiano anche in confronto di forestieri che in Italia esercitano il loro commercio; eppure il contrario accade ogni giorno, e dunque non è quella una dichiarazione in materia di stato e di capacità personale, ma è invece un provvedimento di indole patrimoniale o reale, perchè o l'uno o l'altro di questi due caratteri egli è inevitabile ed impossibile che essa non abbia.

Ho detto sopra che l'indole reale delle leggi intorno al fallimento è il principalissimo argomento della territorialità delle medesime. Soggiungerò ora il riflesso che, per essere d'indole reale o patrimoniale, quelle leggi attengono in pari tempo all'ordine pubblico dello Stato. E questo riflesso rende ancor più manifesta l'intrinseca importanza di quell'argomento.

L'Asser (*l. c.*) afferma il contrario, ma egli è manifestamente in errore. La tutela dei diritti dei creditori del fallito, che è lo scopo e l'oggetto delle leggi intorno al fallimento, è tutela dell'ordine e della prosperità sociale, e quindi è interesse pubblico,

cioè còmpito che a nessun'altro compete fuorchè allo Stato, e al quale questo non può venir meno. Le leggi relative non possono certamente aver natura diversa da quella del loro oggetto. Precisamente è di diritto pubblico il regime del fallimento, come è di diritto pubblico il regime dei diritti reali, propriamente detti, e quello pure dello Stato e della capacità personale; perchè anche in tutti questi argomenti, come nel primo, lo Stato solo dà legge, e la dà per motivi di ordine pubblico, sia reale o patrimoniale, sia personale.

Se il regime del fallimento attiene alla legislazione reale o patrimoniale dello Stato, e, come tale, fa parte dell'ordine pubblico di questo, ne consegue necessariamente che ogni Stato lo stabilisce come crede, e che, come è stabilito e posto in essere in uno Stato, non può affatto estendere la sua efficacia nel territorio di altri Stati, cioè ai beni del fallito, mobili o immobili, situati in questi altri Stati. Non è maggiormente possibile estendere la procedura di fallimento ai beni del fallito, situati in esteri Stati, di quello che estendere il regime dell'assenza, il possesso temporaneo, p. es., o il definitivo del patrimonio dell'assente, nazionale o forestiero, ai beni del medesimo situati in territorio estero (1), di quello che sia possibile estendere a cose materiali situate in paese estero le leggi di diritto reale, emanate nello Stato, estendere, p. es., ai beni immobili di un defunto nazionale, situati in paese estero l'art. 8 del titolo preliminare del Cod. civ. italiano, che regola le successioni ereditarie secondo la legge nazionale del defunto. Se le leggi dell'ordine pubblico personale, per comune consenso delle genti civili, seguono l'individuo anche in paese estero, ciò dipende appunto dalla circostanza che gli individui si muovono, e, recandosi in paese estero, reputansi sotto quel rispetto collegati sempre collo Stato da cui provengono.

E non è possibile, per ciò che riguarda il fallimento in particolare, restringere l'applicazione delle anzidette premesse e conseguenze ai soli beni immobili del fallito posseduti in paese estero, come pensa lo Story (2), e come ammette la giurisprudenza in-

(1) Ciò non impedisce però che della legge nazionale dell'assente forestiero debbasi tener conto nella determinazione degli eredi presuntivi, a cui accordare il possesso *temporaneo* e il *definitivo*.

(2) Ap. Westlake, *l. c.*, pag. 134.

glese. Meglio ragionano i giureconsulti americani, che tale distinzione non ammettono. Imperocchè le cose mobili si reputano fare una cosa sola colla persona a cui appartengono, finchè non si sa dove effettivamente risiedano; ma quando la loro sede è nota, non vi è nessuna ragione di sottrarle alle leggi dello Stato in cui si trovano, sia che queste singolarmente le considerino, sia che nel loro complesso, come facienti parte di un patrimonio, purchè le consideri come cose dal punto di vista dei sociali o pubblici interessi che vi si riferiscono.

Negata e combattuta la universalità internazionale del regime, o giudizio, o procedura di fallimento, in nome e virtù della *realità* e dell'indole *pubblica* di questa, perde ogni fondamento la contraria dottrina, in quanto si diparte dalla premessa che la dichiarazione di fallimento sia una sentenza in materia di stato personale. Stimo però opportuno rilevare qui alcune altre gravissime pecche di codesta dottrina.

Noto anzitutto che coloro che la professano sono anche d'avviso che una dichiarazione di fallimento pronunziata all'estero, possa avere il suo effetto, cioè essere susseguita da tutta la procedura di fallimento anche rispetto ai beni del fallito situati nello Stato, senza bisogno di giudizio di delibazione e di sentenza di esecutorietà. E ciò perchè ritengono in generale quei giureconsulti che non occorra delibazione delle sentenze estere in materia di stato e capacità personale; nella qual tesi pure io non posso affatto convenire.

Prescindendo infatti dal ricercare se in generale possano avere effetto nello Stato le sentenze estere in materia personale, senza bisogno di delibazione, la dichiarazione di fallimento però, considerata pure come non è, cioè come sentenza in materia personale, è tuttavia tal sentenza, che dal giudizio di delibazione non si può esimere senza manifesto e grave pericolo. Non tutte le legislazioni infatti sono identiche nel definire quali persone possano essere sottoposte a dichiarazione di fallimento. Talune leggi consentono che si dichiari fallita qualunque persona, commerciante o no, che non paghi i proprî debiti; altri, fra cui anche la nostra, non permettono dichiarazione di fallimento se non rispetto ai commercianti. Se quindi ogni e qualunque dichiarazione di fallimento pronunciata in estero Stato, dovesse senza delibazione produrre il suo effetto, potrebbe accadere che si procedesse per fallimento in Italia contro un non commerciante, in base ad una dichiarazione di fal-

limento forestiera, p. es., austriaca, e magari fosse suddito italiano il dichiarato fallito in Austria.

Sembrami poi grave leggerezza quella dei fautori della personalità e della universalità internazionale del fallimento, che tutti quanti gli atti della procedura di fallimento, posteriori alla dichiarazione di questo, debbano avere effetto nello Stato, se intrapresi in estero Stato, oppure intraprendersi direttamente nello Stato dietro ordine del giudice estero.

In tal guisa i creditori nazionali, o residenti nello Stato, o non sono tutelati abbastanza, oppure vengono addirittura sacrificati. Un ritardo, p. es., per mera ragione di distanza, nell'apposizione dei sigilli, nella formazione dell'inventario, nel prendere possesso della corrispondenza del fallito, e in generale in tutti quei provvedimenti urgenti per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa, di cui fa cenno l'art. 727 del nostro Codice di commercio, ognuno vede di quanto danno possa essere pei creditori nel nostro Stato. Di egual danno potrebbe essere a questi creditori il convocarsi in un comune breve termine nell'estero Stato tanto i creditori qui esistenti quanto i forestieri, oppure fissare per gli uni e per gli altri il medesimo breve termine per la verificazione dei crediti. Rispetto a questo secondo punto l'art. 754 del Codice di commercio italiano autorizza il giudice delegato a prorogare il termine a favore dei forestieri; ma perchè dagli esteri Stati l'Italia potesse guarentirsi un provvedimento consimile occorrerebbe un trattato. Ma con un trattato si può addirittura introdurre l'istituto, di cui si va disputando, e il trattato è veramente il solo mezzo a codesto fine.

Io non comprendo come mai agli interessi, alla guarentigie dei diritti dei creditori nello Stato, parecchi giureconsulti si dispensino dal seriamente pensare solo perchè a loro sembra che la dichiarazione estera del fallimento, per sè medesima considerata, e per l'indole che essi le attribuiscono, possa essere riconosciuta nello Stato. Ma egli è chiaro che per evitare le disastrose conseguenze pratiche di quella teorica premessa bisogna abbandonare affatto la dottrina dell'universalità internazionale del fallimento, e sostituirvene una affatto opposta, cioè quella della territorialità di ogni dichiarazione e procedura di fallimento.

E ancora un'altra osservazione io ho da fare a carico di questi giureconsulti, tanto e troppo liberali.

Non riflettono essi che l'economia del giudizio di fallimento è varia secondo gli Stati, e che talune delle forme o istituzioni ond'ella è costituita in uno Stato, non è ammessa, cioè non è riputata utile o conveniente in altri Stati. Prendo ad esempio l'istituto della *moratoria*. Non tutte le legislazioni mercantili lo ammettono, e certamente questa differenza fra le legislazioni non è di poco rilievo, se si pensa alle gravi ragioni per cui la moratoria è condannata da molti pratici anche là dove essa è in vigore. Or si può egli leggermente ammettere, in nome soltanto dell'astratto principio dell'universalità del fallimento, che uno Stato, il quale non consente *moratoria* al fallito, debba non tanto lasciare imporre ai propri sudditi la sospensione della procedura di fallimento in un estero Stato, quanto impedire ai medesimi, ed agli altri creditori nello Stato di non mettere tempo in mezzo a domandare e fare eseguire, senza interruzione alcuna, a termini delle leggi dello Stato, la dichiarazione del fallimento in confronto di un forestiero che nello Stato ha negoziato, e contratto debiti che non può pagare? Analoghe osservazioni si possono fare rispetto allo istituto italiano del *concordato preventivo e dei piccoli fallimenti*, vigente in virtù di legge 24 maggio 1903, fintantochè il nostro legislatore non ne abbia corretto le gravi pratiche mende. Se a questi e ad altri esempi di divergenze fra le varie legislazioni su punti o istituzioni essenziali del giudizio di fallimento avessero posto mente coloro, i quali si dipartono dalla asserita *personalità* dalla dichiarazione di fallimento, per venire alla universalità internazionale, sia di quella dichiarazione, sia di tutta la conseguente procedura, non avrebbero tardato ad accorgersi non solo che siffatta universalità è affatto inammissibile, ma eziandio che tale essa è perchè il giudizio di fallimento, del pari che le leggi che lo riguardano, attengono all'ordine e alla legislazione patrimoniale o reale, anzichè alla personale.

Vi hanno però, come ho già detto più sopra, anche giureconsulti, i quali propugnano l'universalità del giudizio del fallimento, riconoscendo pure che questo giudizio e le relative leggi attengono al diritto all'ordine patrimoniale o reale, anzichè al personale: p. es., l'illustre Rocco segue, come ho già notato, codesta dottrina, e il cons. BERTOLINI del pari; fra i giudicati, quelli citati della Corte di Napoli, 4 maggio 1868, e della Cassazione di Torino, 13 aprile 1867. Come mai dalla medesima premessa questi

giureconsulti deducono una conseguenza opposta a quella che ne deduco io? Questo punto ha ora d'uopo di venire preso in attenta considerazione.

Non è veramente deduzione opposta alla mia quella che da altri si fa dalla premessa che il giudizio di fallimento e le relative leggi attengono all'ordine reale, e non al personale; ciò non sarebbe possibile. Piuttosto è a dire che quei giureconsulti opinano di potersi sottrarre all'azione di tale premessa, introducendo fra il giudicato estero in materia di fallimento, e i beni del fallito situati nello Stato, un terzo ed estrinseco elemento, il quale agli occhi loro colma in certa guisa quel vuoto, toglie quel salto dal primo ai secondi, che la suddetta premessa farebbe apparire impossibile a superarsi. E quel terzo ed estrinseco elemento è la dichiarazione di esecutorietà della sentenza estera dichiarativa del fallimento.

Precisamente così pensano il Rocco, e altri molti, e hanno sentenziato più volte i nostri tribunali: la dichiarazione del fallimento, e tutta la conseguente procedura attengono al diritto reale, e come tali non potrebbero avere nessuna efficacia in esteri Stati: ma se quella sentenza viene dichiarata esecutoria in un estero Stato, cessa l'obbietto alla sua efficacia internazionale, desunto dalla *realtà* della sua natura.

L'espediente sarebbe facile e semplice davvero per vincere una grave difficoltà; ma non è egli per avventura troppo semplice e facile, perchè lo si possa ritenere adeguato?

Ciò appunto io credo, nè parmi difficile il dimostrarlo.

La dichiarazione di esecutorietà può bensì venir sempre richiesta rispetto ad una sentenza civile estera, ma non la si può sempre accordare. E la si accorda o no, fra gli altri motivi, anche perchè alla legge, di cui la sentenza estera non è che l'applicazione, si possa o non si possa attribuire efficacia fuori del territorio in cui impera, cioè perchè l'oggetto a cui la legge e la sentenza estera si riferiscono, sia o non sia tale che lo Stato in cui la esecuzione è richiesta, non debba reputare di sua esclusiva spettanza il regolarlo colle proprie leggi e colle sentenze dei propri tribunali. Ora per coloro fra i detti giureconsulti, i quali trascurano codesta ricerca, la loro dottrina circa l'efficacia internazionale della dichiarazione di fallimento, si risolve in una petizione di principio; e per coloro i quali ammettono il carattere reale di quella dichia-

razione e di tutta la conseguente procedura di fallimento, ma nonostante insegnano che la dichiarazione di fallimento si possa dichiarare esecutoria, la dottrina loro apparisce erronea, nei generali termini in cui è formulata. Imperocchè in materie attinenti al *gius* pubblico ogni Stato ha esclusiva autonomia legislativa, e non può mai ammettere che per nessun pretesto abbiano valore ed efficacia leggi forestiere. Laonde se di esecutorietà di estere sentenze si può parlare in materia di fallimento, la cui disciplina fa parte del *gius* pubblico di ogni singolo Stato, gli è soltanto nell'ipotesi che la legislazione estera e quella dello Stato su tal proposito non differiscono per nulla fra di loro. Nella contraria ipotesi verrebbesi a violare l'art. 941 del Codice italiano di procedura civile.

Rispetto all'illustre Rocco, in particolare, io osservo che egli ha finito per contraddire alla propria dottrina, nel porre le norme della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare del fallito all'estero. Egli insegna che tutte le questioni intorno al possesso, al sequestro, al pegno dei mobili del fallito, come pure intorno alla validità dei pagamenti e delle obbligazioni poste in essere dal fallito, devono essere decise secondo la legge del luogo dove i mobili si trovano (*loc. cit.*, pag. 364-366); e, quanto agli immobili, insegna pure che non soltanto le *preferenze* dovranno essere regolate dallo statuto, e le vendite disposte dalle autorità locali, ma che, *indipendentemente dal giudizio di fallita ferrente altrove*, gli immobili possono formare oggetto di un' esecuzione locale (*loc. cit.*, p. 369). Che siffatte proposizioni siano affatto inconciliabili colla *universalità* internazionale del giudizio di fallimento, non è d'uopo dimostrare.

Mi rimangono a considerare due obiezioni alla tesi della territorialità del giudizio di fallimento; l'una di ordine teorico, l'altra di ordine pratico.

La prima consiste nell'asserita indole universale del giudizio di fallimento, dalla quale si induce senz'altro l'universalità internazionale del giudizio medesimo.

Nessuno al certo può negare che il giudizio di fallimento sia universale, cioè abbracci tutti i beni del fallito, come questi, prima del fallimento, costituivano un unico patrimonio; ma se rispetto ad un medesimo fallito si aprano distinti concorsi in tutti gli Stati, dove egli possiede beni, non è ognuno di questi concorsi un giu-

dizio universale rispetto a tutti i beni giacenti in ogni singolo Stato? E in questa ipotesi figurerebbe anche il fallito aver tanti distinti patrimoni, quanti sono gli Stati nei quali sono disseminati i suoi averi. Che il concetto dell'universalità del fallimento sia nazionale o internazionale, si applichi ripetutamente in differenti Stati rispetto ad una medesima persona, od una volta sola per il complesso di tutti quegli Stati, egli è del tutto indifferente al concetto medesimo, il quale nella sua astrattezza ha soltanto la virtù di abbracciare e unificare tutta quella qualunque massa, più o meno grande di beni, su cui i creditori del fallito possono far valere giudizialmente le loro ragioni. Ciò che determina la concreta estensione di quella applicazione, l'unicità o moltiplicità della medesima rispetto ad una persona data, ed in particolare la moltiplicità territoriale oppure l'unicità internazionale, se la medesima persona possegga beni in differenti Stati, non possono essere che circostanze e ragioni affatto estranee al concetto astratto del fallimento e dell'universalità sua. E veramente varie sono le concrete ragioni comunemente addotte in sostegno dell'universalità internazionale del fallimento, e in parte sono ragioni d'ordine pratico, in quanto agli interessi del commercio internazionale ripugna la moltiplicità dei fallimenti in differenti Stati in confronto di una medesima persona; in parte d'ordine giuridico, in quanto l'universalità internazionale del fallimento, suggerita dalla ragione e dalla pratica utilità, si ritiene conciliabile colla indipendenza degli Stati, in tutto ciò che attiene all'interno loro ordine patrimoniale e pubblico. Ma se queste ragioni si ritengono sufficienti a dimostrare la tesi dell'universalità internazionale del fallimento, questa tesi è anche ad esse sole raccomandata, perchè per esse soltanto l'*universalità astratta* del giudizio di fallimento si traduce in concreta *universalità internazionale*, anzichè in un complesso di *universalità nazionali* o territoriali, ove il fallito abbia complessi di beni in differenti Stati.

Non è questo del fallimento del resto il solo caso, in cui nel diritto internazionale privato si abusi del concetto di *giudizio universale*. Un altro consimile abuso ci offre la dottrina di molti scrittori odierni intorno al giudizio ereditario nel diritto internazionale. E anche qui io sono costretto ad osar dissentire dal grande Savigny. Questi, e molti dopo di lui, combattono l'aforisma *quot territoria tot haereditates*, in nome della universalità della suc-

cessione, e del relativo giudizio. Ma appunto perchè l'antica giurisprudenza, e anche l'odierna nella maggior parte degli Stati, ammettono tante eredità quanti sono i complessi di beni lasciati da un defunto in paesi differenti, non negano esse con ciò il carattere universale della successione e del relativo giudizio, ma soltanto ammettono parecchie universalità ereditarie territoriali, invece di una sola internazionale. Se, come giustamente e gloriosamente il Savigny fu il primo ad insegnare, l'interesse dei privati, e la vera intenzione di questi consigliano ed esigono che il detto aforismo venga abbandonato, come infatti l'abbandonò il legislatore italiano (art. 8, tit. prelim., Cod. civ. it.), e che una sola legge e un solo giudice governino la eredità, benchè sparsa in differenti Stati, cotali ragioni non hanno nulla che fare col concetto astratto dell'universalità ereditaria, e della universalità del giudizio successorio. E qui pure quelle ragioni di convenienze e di opportunità devono essere combinate con altre di indole giuridica, concernenti la conciliabilità del nuovo principio, che si può dire *savigniano*, colla indipendenza degli Stati in materia patrimoniale pubblica.

Ed ora, io dico, nello stesso modo in cui col solo invocare il carattere universale del giudizio successorio non si dimostra che le leggi e i giudici dello Stato, a cui apparteneva il defunto, possano estendere l'azione e la competenza loro ai beni specialmente immobiliari da lui lasciati in altri Stati, anche la sola invocazione del carattere universale del giudizio di fallimento non può bastare a dimostrare che la leggi e i giudici dello Stato, in cui risiedeva il fallito, possano estendere l'azione e la competenza loro anche ai beni lasciati dal fallito in altri Stati.

E come, in difetto di espressa disposizione della legge, o di convenzione internazionale, non è possibile, ed io l'ho ampiamente dimostrato qui sopra, che alle norme vigenti in uno Stato intorno alla competenza giudiziaria in materia di successione si attribuisca efficacia internazionale, così anche per quest'argomento d'analogia apparisce impossibile attribuire efficacia internazionale alle norme vigenti in uno Stato intorno alla competenza giudiziaria in materia di fallimento, fintantochè le leggi di altri Stati non la consentano, o un accordo internazionale fra più Stati non attribuisca loro reciprocamente il diritto e l'obbligo corrispondenti. Le quali due riforme in materia di competenza giudiziaria

internazionale sono del resto certamente desiderabili e possibili, ed anzi urgenti, e per analoghi motivi, fra tutti gli Stati civili, affratellati da comuni interessi privati, civili e commerciali.

La seconda obbiezione accennata sopra, e propriamente di indole pratica, è la seguente.

Dice il Savigny (*loc. cit.*, pag. 277), che, se non si ammette la tesi sua, cioè l'universalità internazionale del giudizio di fallimento, si viene necessariamente ad attribuire competenza per un'azione personale al giudice determinato col *criterium rei sitae.* E lo stesso concetto svolse poscia il Rocco (*loc. cit.*, pag. 370): " fra gli altri assurdi, si incorrerebbe poi anche in quest'altro, che non si potrebbe trovare il giudice competente (fuori del territorio dove il fallito è domiciliato). Non potrebbe essere a proposito il giudice *rei sitae*, perchè l'azione di concorso è personale. Nè potrebbero essere il giudice di qualunque altro luogo, non essendo oggi ammessa la moltiplicità del domicilio, e solo nel territorio dell'esclusivo domicilio è fondata la giurisdizione rispetto alle azioni personali ".

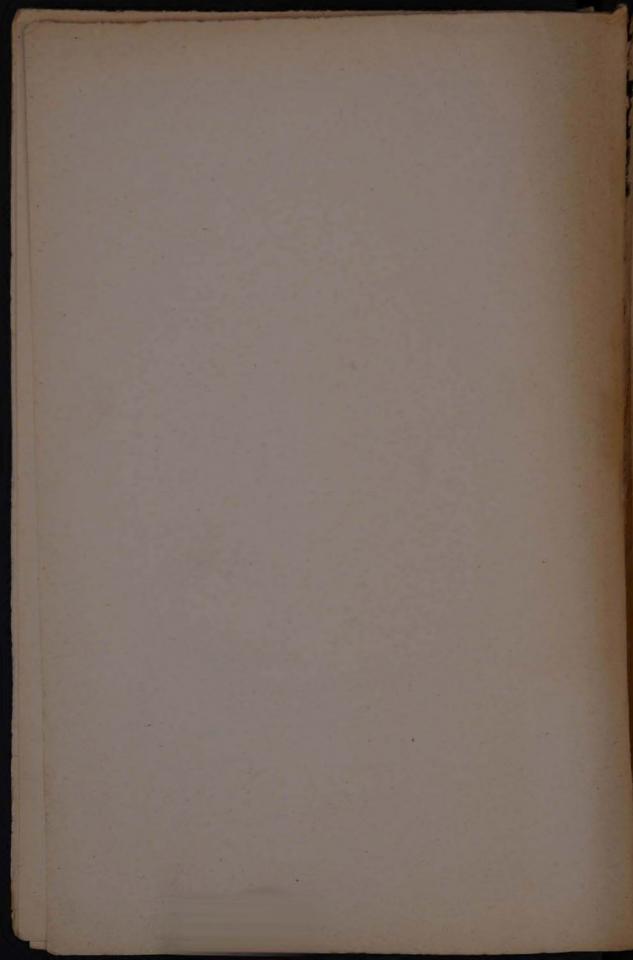
Codesta obbiezione si risolve in sostanza nel rappresentare la competenza meramente territoriale del giudice dello Stato in cui il fallito ha il suo domicilio, come un ostacolo insormontabile alla procedura di fallimento in tutti gli altri Stati in cui il fallito possegga beni. O, in altri termini, i detti giureconsulti raccomandano la tesi dell'universalità internazionale del fallimento anche come una necessità, per così dire, di fatto, essendo cioè impossibile, a loro avviso, dar competenza a giudici d'altri Stati, oltre a quello dello Stato in cui è domiciliato il fallito, che possieda beni anche in altri Stati.

Ma se la obbiezione si confronti colle premesse poste in sodo qui sopra intorno all'indole del giudizio di fallimento, ella apparisce risolversi in una petizione di principio.

Le stesse ragioni invero per le quali il giudizio di fallimento, come le leggi che lo regolano, vuol essere considerato attinente all'ordine *reale o patrimoniale pubblico*, conducono manifestamente a ritenere che i beni posseduti dal commerciante fallito in differenti Stati formano altrettanti complessi distinti e separati, quanti sono gli Stati medesimi. Sia pure detta l'azienda o casa commerciale, stabilita in uno Stato, mera *succursale* di altra casa esistente in altro Stato, in realtà però essa vuol essere giuridicamente con-

siderata come una azienda o casa a sè, fintantochè gli Stati non si accordino, come sarebbe bene, e come sarebbe ormai tempo, a considerarla diversamente in ordine ai giuridici effetti. E se giuridicamente sono tanti patrimoni o tante aziende o case commerciali distinte, gli averi, i crediti e i debiti che un medesimo commerciante possegga in differenti Stati, benchè egli ad una sola di esse intenda dare e dia effettivamente il carattere di azienda o casa principale o madre, ne consegue che egli deve giuridicamente essere reputato avere tanti domicili quanti sono quei patrimoni, quelle case, quegli Stati. Sia egli pure domiciliato effettivamente là dove esiste l'azienda o la casa commerciale principale, ciò non impedisce che egli debba essere giuridicamente riputato aver anche tutti quegli altri domicili. E se in ognuno di questi Stati il fallito deve giuridicamente reputarsi domiciliato, ben potranno altrettante procedure di fallimento aprirsi negli Stati medesimi. Nè vale arguire in contrario dal canone che una medesima persona non può avere che un solo domicilio: questo canone non ha lo stesso valore nel diritto internazionale come in quello nazionale, e specialmente in materia di procedura di fallimento, fintantochè, come ho detto, le civili nazioni non si accorderanno ad estendere al diritto internazionale in tale argomento il canone della unicità del domicilio, sancito nella maggior parte delle civili legislazioni. Alla pretesa, ma non vera necessità adunque, allegata dal Savigny e dal Rocco, io dirò, rispondendo specialmente a quest'ultimo, che se ne può contrapporre un'altra, di ben miglior lega, e ben più sicura, la necessità cioè di non cadere in contraddizione col non applicare allo speciale argomento della competenza in materia di fallimento le generali premesse, dal Rocco medesimo accettate, intorno alla natura giuridica di questo giudizio e di tutte le leggi che vi si riferiscono.

Conchiudo col ripetere ciò che dissi dapprincipio: l'universalità internazionale del giudizio di fallimento è certamente un desiderato del commercio internazionale, è anche un voto della scienza, che non dovrebbero tardare ad esaudire le nazioni civili mediante apposite convenzioni; ma sino a che queste convenzioni non siano state fatte, nello stato presente del diritto internazionale privato, specialmente italiano, è impossibile alla giurisprudenza l'ammettere quel principio senza contraddire a fondamentali canoni di quel diritto. Trattasi in sostanza di derogare al canone della ter-

ritorietà delle leggi e delle giurisdizioni in materia reale o patrimoniale pubblica, e siffatta deroga, come ogni altra ulteriore innovazione del diritto privato internazionale, non può maggiormente il giudice da sè solo permettersi, di quello che ad un solo Stato sarebbe possibile introdurla. Tale fu anche l'avviso che prevalse nel seno del *Congresso per la legislazione industriale e commerciale*, tenuto ad Amsterdam in occasione della *Esposizione internazionale coloniale*. Ed ivi fu anche pur troppo riconosciuta la difficoltà del sospirato accordo internazionale, attese le grandi differenze che intercedono fra le legislazioni degli Stati civili in materia di fallimento, anzitutto sul punto se il fallimento debbasi pronunciare soltanto pei commercianti o anche pei non commercianti (V. *Monitore dei Tribunali*, 1884, p. 1115).

N° 60. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. I°. 2ª ed. (esaurito).
„ 61. **Friedberg e Ruffini,** Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico . . . . L. 15. —
„ 62. **Formiggini,** La stima nella conclusione dei contratti . . . „ 8. —
„ 63. **Ramella,** Le società di commercio in rapporto alla legge penale „ 7. —
„ 64. **Alimena** B., I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. I° (esaurito).
„ 65. **Chironi,** Trattato dei privilegi, ipoteche e pegno. Vol. I°, in-8° „ 14. —
„ 66. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. II°, 2ª edizione „ 14. —
„ 67. **Galluppi,** Teoria dell'opposizione del Terzo come mezzo per impugnare le sentenze. . . . . „ 8. —
„ 68. **Brondi,** Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari „ 6. —
„ 69. **Paternò** L., La comunione dei beni nel codice civile italiano „ 14. —
„ 70. **Pincherli** E., La prova per testimoni nei processi penali . „ 2. 50
„ 71. **Ramella** A., Trattato sulla corrispondenza in materia civile e commerciale . . . . „ 10. —
„ 72. **Isnardi,** Principio e termine della personalità dell'individuo „ 3. 50
„ 73. **Alimena** B., I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. II° „ 12. —
„ 74. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. (Vedi sopra N° 66).
„ 75. **Krafft-Ebing,** Trattato di psicopatologia forense. . . . . „ 12. —
„ 76. **Graziani,** Istituzioni di Scienza delle finanze . . . . „ 12. —
„ 77. **Ramella,** I giornali e la legge commerciale . . . . „ 3. 50
„ 78. **Durando,** Il tabellionato o notariato . . . . „ 6. —
„ 79. **Gabba,** Questioni di diritto reale e personale. 2ª ediz. . . „ 8. —
„ 80-81. **Mori,** L'Amministrazione delle società anonime. 2 vol. . „ 15. —
„ 82. **Tedeschi,** I contratti di borsa differenziali . . . . „ 4. —
„ 83. **Bruschettini,** Trattato dei titoli al portatore . . . . . . „ 10. —
„ 84. **Losana,** La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede . . . . „ 5. —
„ 85. **Gabba,** Questioni di diritto successorio e contrattuale. 2ª ed. „ 10. —
„ 86. **Princivalle,** Le tasse di registro. Vol. I° . . . . „ 6. —
„ 87. **Rocco,** Le società commerciali in rapporto al giudizio civile (esaurito).
„ 88. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. III°, 2ª ediz. . „ 16. —
„ 89. **Pacelli,** Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati „ 5. —
„ 90. **Ferri,** Difese penali e studi di giurisprudenza . . . . „ 9. —
„ 91. **Abello,** L'ipoteca testamentaria . . . . „ 4. —
„ 92. **Masè-Dari,** Il bilancio dello stato . . . . „ 5. —
„ 93. **Mazza,** La condizione illecita nei testamenti . . . . . . „ 4. —
„ 94. **Alimena,** I limiti e modificatori dell'imputabilità. Vol. 3° . „ 12. —
„ 95-96. **Princivalle,** Le tasse di registro. Vol. 2° (in 2 parti) . . „ 15. —
„ 97. **Trione,** Gli stati civili nei loro rapporti giuridici coi popoli barbari e semibarbari . . . . „ 6. —
„ 98. **Brusa,** Codice di procedura penale norvegese . . . . . . „ 4. —
„ 99. **Lombroso,** Lezioni di medicina legale, con 74 fig. . . . . „ 12. —
„ 100. **Giannini,** Azioni ed eccezioni cambiarie (2ª edizione della Cambiale in giudizio) . . . . „ 7. —
„ 101. **Codovilla,** La legge sulle Camere di Commercio, 6 luglio 1862 „ 2. —
„ 102. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. IV, 2ª ediz. . „ 22. —
„ 103. **Navarrini.** I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni . . . . „ 6. —
„ 104. **Chiovenda,** La condanna nelle spese giudiziali . . . . . . „ 10. —
„ 105. **Ferreri,** L'asta pubblica nei contratti dei comuni . . . . . „ 4. —
„ 106. **Chironi.** Trattato dei Privilegi delle Ipoteche e del pegno. Vol. II „ 14. —
„ 107. **Nasi.** La responsabilità civile del tipografo nei reati di diffamazione ed ingiuria. . . . . „ 5. —
„ 108. **Pincherli,** La vedova. . . . . „ 5. —
„ 109. **Brunetti,** Del riscatto convenzionale nella compra-vendita . „ 3. —
„ 110. **Rocco,** Il concordato nel fallimento e prima del fallimento „ 14. —
„ 111. **Nani,** Storia del diritto privato italiano . . . . „ 12. —
„ 112. **Vivante,** Trattato di diritto commerciale. Vol. IV (vedi s. N° 102). „ 22. —
„ 113. **Campogrande,** Trattato della fidejussione . . . . „ 14. —
„ 114. **Fubini,** La dottrina dell'errore (esaurito).

N° 115. **Arcangeli,** La Società in accomandita semplice . . . . . L. 6.—
„ 116. **Toesca di Castellazzo,** L'offerta al pubblico . . . . . . „ 5.—
„ 117. **De Benedetti,** Il ricorso per cassazione . . . . „ 6.—
„ 118. **Rezzara,** Dei mediatori e del contratto di mediazione . . . „ 6.—
„ 119. **Franceschini,** Il patrocinio gratuito . . . . „ 18.—
„ 120. **Dernburg,** Diritto delle obbligazioni . . . . „ 15.—
„ 121. **Cocito,** Le assicurazioni terrestri . . . . „ 6.—
„ 122. **Chironi** e **Abello,** Trattato di diritto civile ital. Vol. I, P.ª Gen. „ 20.—
„ 123. **Atzeri,** La gestione d'affari nella dottrina e nella giurisprudenza „ 10.—
„ 124. **Graziani,** Istituzioni di Economia Politica. 2ª edizione . . . „ 15.—
„ 125. **Pola,** Controversie sull'azione penale . . . . „ 8.—
„ 126. **Bolchini,** Le pubbliche sottoscrizioni . . . . „ 6.—
„ 127. **Gabba,** Nuove questioni di diritto civile. I . . . . „ 7.50
„ 128. **Pola,** Commento alla legge sulla condanna condizionale . . . „ 5.—
„ 129. **Dernburg,** Diritto di famiglia e diritto dell'eredità . . . . „ 18.—
„ 130. **Fubini,** La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano . . . . „ 12.—
„ 131. **Rocco,** La sentenza civile . . . . „ 5.—
„ 132. **Dernburg,** Pandette. Vol. I, p. I. Parte generale . . . . . „ 12.—
„ 133. **Alimena,** Studi di procedura penale . . . . „ 12.—
„ 134. **Gross,** La polizia giudiziaria, con figure . . . . „ 12.—
„ 135. **Gabba,** Nuove questioni di Diritto civile. II . . . . „ 7.50
„ 136. **Dernburg,** Pandette, I, p. II. Diritti reali . . . . „ 12.—
„ 137. **Lumbroso,** La garantia nella vendita e nella locazione di Diritti industriali . . . . „ 4.—
„ 138. **Cognetti-De Martiis,** Il compromesso . . . . „ 2.50
„ 139. **Navarrini,** Studi e questioni di Diritto commerciale . . . . „ 5.—
„ 140. **Sarfatti,** Del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza nelle banche . . . . „ 5.—
„ 141. **Buzano,** Domicilio di soccorso degli indigenti infermi nel D. I. „ 3.—
„ 142. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. I . . . . „ 12.—
„ 143. **Baldi,** Le leggi sull'elettricità. Testo, commenti ed illustrazioni „ 6.—
„ 144. **Vaccaro,** Genesi e funzione delle leggi penali. 3ª edizione . . „ 6.—
„ 145. **Luzzatto,** La comproprietà nel diritto italiano . . . . . . „ 5.—
„ 146. **Bonaudi,** Sospensione degli atti amministrativi . . . . . . „ 4.50
„ 147. **Brunetti,** La cambiale in bianco . . . . „ 8.—
„ 148. **Lumbroso,** Responsabilità limitata degli armatori . . . . . „ 3.—
„ 149. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. II . . . . „ 16.—
„ 150. **Cicala,** Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa . . . „ 8.—
„ 151. **Costa,** Storia delle fonti del diritto romano . . . . „ 7.—
„ 152. **Toesca di Castellazzo,** Il prezzo dell'avviamento, il sovrapprezzo delle azioni e l'imposta di ricchezza mobile . . . . . „ 5.—
„ 153. **Sorge-Vadalà,** I rapporti di vicinato . . . . „ 7.—
„ 154. **Savagnone,** Le incompatibilità amministrative (con speciale riguardo a quelle fra congiunti) . . . . „ 4.50
„ 155. **Capello,** Diffamazione e ingiuria. 2ª edizione . . . . „ 10.—
„ 156. **Loria,** Corso completo di economia politica . . . . „ 18.—
„ 157. **Manzini,** Trattato di diritto penale italiano. Vol. III . . . . „ 15.—
„ 158. **Buzano,** La condotta medica in Italia . . . . „ 5.—
„ 159. **Pateri,** Gli infortuni sul lavoro . . . . „ 16.—
„ 160. **Soprano,** Responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni . . . . „ 8.—